

# مبانی شهرسازی از منظر فقه اسلامی

حمید بذریاچ  
استادیار، عضو هیات علمی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

حجت عزیزالهی  
استادیار، عضو هیات علمی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، یزد، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱.۰۹.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۱۱.۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۱۱.۱۹

## چکیده

از آنجا که محیط اجتماعی و بافت شهری تأثیر به‌سزایی در فرهنگ و معنویت ساکنین شهرها دارد؛ دولتها با تلاش حد اکثری در جهت بهسازی شهرها قدم بر میدارند؛ از آنجا که دین مقدس اسلام یک دین اجتماعی بوده به این جنبه از زندگی انسان نیز اهمیت داده و در مورد چگونگی ساخت و ساز شهری احکام متعددی صادر کرده است؛ لذا بررسی این احکام و اجرای آنها در شهرسازی امروزه برای کشورهای اسلامی ضرورت دارد. فقه شهرسازی به عنوان یکی از شاخه‌های فقه تمدن رسالت تبیین این احکام را بر عهده داشته و در صدد استخراج مبانی اسلامی در حوزه شهرسازی از منابع معتبر اسلامی با روش اجتهادی است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی این مبانی در ابعاد مختلف شهرسازی میپردازد. که در نتیجه میتوان گفت مرکز شهرها مسجد جامع شهر بوده و الگوی مناسب ساخت و ساز شهر اقیسست و بلند مرتبه سازی موجب خسارات جبران ناپذیر شده و ساختمان سازی بیش از نیاز نهی گردیده و شهر سازی باید در جهت افزایش امنیت اخلاقی و فیزیکی باشد.

واژگان کلیدی: شهر، تمدن، فقه شهرسازی، بلند مرتبه سازی، شهر افقی.

## The validity and non-authenticity of the fatwa's reputation

Hamid Bazarpach

Assistant Professor, Faculty Member, Department of Law, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Hojjat Azizolahi

Assistant Professor, Faculty Member, Department of Law, Payam Noor University, Yazd, Iran.

### Abstract

Because the social environment and urban context have a significant impact on the culture and spirituality of the city residents; Governments are making maximum efforts to improve cities; Since the holy religion of Islam is a social religion, it has also given importance to this aspect of human life and has issued several rulings on how to build a city. Therefore, it is necessary for Islamic countries to examine these rulings and implement them in urban planning today. The jurisprudence of urban planning, as one of the branches of the jurisprudence of civilization, has been responsible for explaining these rulings and aims to extract Islamic foundations in the field of urban planning from reliable Islamic sources with the method of ijtihad. The current research investigates these basics in different aspects of urban planning with a descriptive-analytical method. As a result, it can be said that the center of the cities is the Jame Shahr Mosque, and the appropriate model of city construction is horizontal, and high-rise construction has caused irreparable damage, and building more than necessary is prohibited, and urban construction should be aimed at increasing moral and physical security.

**Key words:** city, civilization, jurisprudence of urban development, high-rise building, horizontal city.

## مقدمه

شهرسازی فاخر همواره یکی از افتخارات تمدن‌ها محسوب می‌شود. لذا شریعت اسلام نیز با درک این ضرورت همواره سعی بر آن دارد تا در حوزه شهرسازی، اصول و ارزش‌های اخلاقی را مد نظر قرار دهد، از این روی تبیین مبانی اسلام در حوزه شهرسازی ضروری مینماید. زیرا اسلام ارزشهای تعالی جویانه‌ای را در زمینه‌ی شهر و محیط زندگی انسانی مطرح کرده که امروزه با ظهور فرهنگ جدید و غفلت از ابعاد معنوی انسان مورد بی‌مهری قرار گرفته است. برای احیای این ارزش‌ها در شهرسازی معاصر لازم است این ارزشها از حالت عام و کلی به صورت مسأله‌ی تخصصی تبدیل شوند که در اینصورت، در مجموع هنگامی خانه، محله و شهر اسلامی پدید خواهد آمد که معماران و شهرسازان ما با شناخت کافی از مبانی اسلامی در حوزه‌ی برنامه‌ریزی و طراحی محیط اقدام نمایند. بدیهی است که سایر ارکان شهر یعنی قوانین، مدیران و شهروندان نیز مبیایست از مبانی اسلامی تبعیت نمایند.

در این میان علم «فقه» از آنجایی که متکفل بیان حکم پدیده‌ها است مرجعیت معتبری را در تبیین اصول و هنجارهای پدیده شهرسازی داراست. بر این اساس در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی مبانی شهرسازی را از منظر فقه اسلامی تبیین می‌نماییم.

البته فقهای صدر اسلام، در مواجهه با شهرنشینی روزافزون جامعه در سده‌های دوم تا یازدهم هجری، به تعریف و ماهیت و اجزای ساختمان در بافت شهری، تعیین حقوق و مزایای بنا و تعریف عرصه‌های خصوصی و عمومی میپرداختند. برای نمونه ابن‌اخوه در کتاب معالم القریه فی احکام الحسبه، با بهره‌گیری از قواعد فقهی، نوع رفتار مسلمانان را تشریح میکند. (ر.ک: ابن‌اخوه، ۱۳۶۷، ۳۷-۹۵) در پژوهش‌های معاصر نیز برخی به تبیین مسأله مورد بحث پرداخته‌اند. (مبلغی ۱۴۳۳) در پژوهش خود به تبیین برخی از قواعد فقهی مرتبط با عمران و شهرسازی پرداخته است. وی قواعد عمران را به طور عام مورد بررسی قرار داده و قواعد مربوط به محیط زیست را در ذیل مباحث خود مطرح کرده است. گل خطمی و حقیقت‌بین (۱۳۹۵) در پژوهش خود به کاربرد فقه در تحقق منظر شهری امن پرداخته و ضمن بیان چهار قاعده فقهی نتیجه گرفته‌اند که با تکیه بر قواعد و منابع فقهی و حضور مجتهدان و صاحب‌نظران در جلسات تدوین اصول کلی مدیریتی و اجرایی شهر، میتوان زمینه‌های الزم برای ظهور و تجسم مفاهیم و آموزه‌های دینی مرتبط با شهر و زندگی اجتماعی شهروندان را در منظر شهری فراهم نمود. البته با توجه به کمبودهایی که در پژوهشهای مذکور به چشم می‌خورد؛ مانند عدم احصاء حداکثری قواعد فقهی در مقوله شهرسازی؛ فقدان رویکرد فقهی-

اجتهادی در برخی از پژوهشها و نادیده گرفتن قواعد مهم و تاثیر گذار در شهرسازی اسلامی است. پژوهش حاضر سعی در مرتفع ساختن این خلاءها دارد.

بر اساس منابع اسلامی دو گونه شهر وجود دارد: الف: شهر شرعی ب: شهر عرفی؛ و احکامی که بر هر کدام بار می شود متفاوت است.

## ۱. شهر اسلامی

### ۱.۱. شهر شرعی

در منابع اسلامی، ارکان و عناصر شهر شرعی سه چیز است: ۱. مردم ۲. حاکم (دولت) ۳. قانون؛ (مشکور، فرهنگ تطبیقی عربی با زبانهای سامی و ایرانی، ج ۲، ص ۸۳۳) پس در تعریف شهر شرعی می توان گفت: «شهر شرعی؛ یعنی سازمانی متشکل از مجموعه‌ای از انسان های تابع دولت و حاکمی که بر اساس قانون، روابط بین آنان را نظم می‌بخشد.» (اراکي، فقه عمران شهری، ج ۱، ص ۹) مقدسی (متوفی ۳۸۰ق) به نقل از فقهای اهل سنت، تعریفی تقریباً مشابه ارائه داده است. (مقدسی، أحسن التقاسیم فی معرفه الأقالیم، ص ۴۷)

بدین سبب هر جا مردمی باشند و حاکم و دولتی که به جمع آنها وحدت بخشد، و قانونی که روابط بین آن مردم را نظم دهد، شهری شکل می گیرد، که بر اساس منابع دینی از ملاک ها و ضوابط شهر شرعی «برخوردار است، و بسیاری از احکام فقهی بر آن مترتب می شود باید. توجه داشت که بن مایه و قوام شهر شرعی با نظام ولایت و رهبری حاکم بر مجموعه انسانهای آن شهر شکل می گیرد و جان و روح شهر شرعی را تشکیل می دهد. از شهر شرعی می توان به شهر فرافیزیکی تعبیر کرد.) (اراکي، فقه عمران شهری، ج ۱، ص ۳۷)

### ۱.۲. شهر عرفی

فارابی نخستین اندیشمند اسلامی است که به تفصیل درباره «شهر عرفی» و انواع و مراتب آن سخن گفته است. او در کتاب «آراء اهل المدینه الفاضله» افزون بر تقسیم تجمعات بشری به تجمع کامل - که مقصود از آن شهر است و تجمع ناقص که مقصود شهرک است - تجمع کامل را به عظمی (جامعه بشری کلان) و وسطی (کشور) و صغری (شهر) تقسیم می کند. و ملاک شهر بودن را در عناصر ذیل خلاصه می کند: الف) گردهمایی جمع گستردهای از مردم

ب) همیاری و هم افزایی آنان در راه شکل گیری سعادت و کامیابی همگانی

ج) پیشوا و سرپرستی کامل که بر مردم شهر ریاست و فرمانروایی می کند.

د) شهروندان فرمانبردار و تلاشگر در جهت تحقق اهداف و خواسته‌های پیشوا. (فارابی، آراء أهل المدینه الفاضله و مضاداتها، ص ۱۱۲-۱۱۴)

« شهر عرفی » افزون بر عناصر سه گانه شهر شرعی (مردم، قانون، حاکم)

از عناصر ذیل تشکیل می شود:

الف) جمعیت انبوه همراه با تعاون و خدمات متقابل

ب) فرهنگ مشترک شهری متشکل از اصول اخلاقی مشترک، عقاید سیاسی مشترک، زبان مشترک

ج) فعالیت های اقتصادی، تجاری و صنعتی متمرکز

د) ساختمانهای بزرگ پاسخگوی نیازهای زندگی شهری ۵. نقشه جامع تضمین کننده نظم شهری میان زیستگاه مردم و مراکز خدمات شهری. (حسینی، اصول و مبانی برنامه‌ریزی شهری و روستایی، ص ۴۹ - ۵۰) افزون بر شاخصه‌های مذکور، در شهر عرفی، یا شهر فیزیکی، کالبد و قالب شهر مورد توجه قرار می گیرد.

ساخترهای عمرانی شهر، شکل هندسی ساختمان ها، فاصله ساختمان ها، رنگ ساختمان ها، نمادها، راه ها، خیابانها، کوچه ها، جایگاه مراکز خدماتی و مساجد، معابد، تفریحگاه ها و ... همگی بخش هایی از شهر فیزیکی یا کالبد شهر است.

### ۱.۳. هویت شهر اسلامی

بر اساس حاکمیت رهبری الهی عادل و اطاعت و فرمانبرداری گروه مؤمنان، نظم الهی شهر و سیاست توحیدی شهر ساخته می شود، و در پرتو نظم سیاسی توحیدی شهر است که امنیت شهر و نیز هویت شهر اسلامی و ساکنان آن تعیین شده و سامان می یابد. این هویت، فرهنگ عمومی شهروندان را به وجود آورده، و بر مبنای آن، اقتصاد شهر شکل می گیرد و شهر عرفی اسلامی بوجود می آید.

هویت شهر عرفی اسلامی، همراه با شاخصه ها و ویژگیهای ذیل، عینیت پیدا می کند:

الف) حاکمیت قانون عدل توحیدی و رهبری پیشوایی الهی و عادل، و مردمی تابع و فرمانبردار.

ب) روحیه پرستشگر منسجم جامعه شهری که بافت و درون ساخت آن را عدل و تقوا تشکیل می دهد.

ج) سازگاری و هماهنگی ساختار جلوهرگر و ظاهری شهر با درون ساخت توحیدی شهر.

د) تجلی فرهنگ و تمدن برخاسته از توحید و عدل در همه شئون و جلوه‌های زندگی شهری که برآیند آن، شهری با نظم و زیبایی و انسجام و هنر و ذوق و ابتکار و آسایش و آرامش است.

ه) مساجد و مراکز دولتی از درون و برون برجسته ترین نماد توحید و عدل باشند.

و) برابری شهروندان در توزیع و ارائه خدمات و امکان دسترسی برابر برای شهروندان. (ز) پرهیز از اسراف تبذیر که نماد طغیان و تمرد بر هویت عدل و توحید است. (اراکي، محسن، فقه عمران شهری، ج ۱، ص ۳۰ - ۳۴)

نکته بسیار مهمی که باید به آن توجه داشت این است که ساختار فیزیکی و جلوهرگر شهر باید با جان و روح آن همراه و هم‌نوا باشد و شکل هندسی کلان و کلی شهر، و شکل هندسی خرد شهر در شهر الهی باید متناسب با جان و روح الهی آن شهر باشد.

## ۲. مساحت کلی شهر

در فقه اسلامی پهنا و قطر محدوده شهر، حداقل و حداکثری دارد که اگر از حداقل کمتر شود شهر عرفی به شمار نمی آید و در آن اقامه نماز جمعه واجب نمی باشد و اگر از حداکثر تجاوز کند، از دیدگاه شرع شهر دیگری به شمار می آید و نماز جمعه دیگری باید به پا داشت، بنابراین در اینجا دو مدعا وجود دارد: اول: حداقل کرانه و قطر شهر. دوم: حداکثر پهنای شهر.

حداقل قطر محدوده شهر سه میل است. که بنا بر قول مشهور حدود ۶ کیلومتر می باشد. با توجه به دلالت روایات بر اختصاص وجوب تعیینی نماز جمعه به شهرها از یک سو، (طوسی، تهذیب، ج ۳، ص ۲۴۸

و دلالت روایات دیگر بر وجوب فاصله لا اقل سه میل (۶ کیلومتر) بین دو نماز جمعه، (کلینی، الکافی، ج ۳، ص: ۴۱۹) و با توجه به اینکه لازم است محل برگزاری نماز جمعه در مرکز شهر باشد تا امکان دسترسی برابر برای همگان به محل نماز جمعه فراهم گردد، نتیجه می گیریم قطر متعارف شهر عرفی اسلامی نباید کمتر از سه مایل باشد. این بدان معنا است که طراحان شهری در هنگام طراحی و تاسیس شهری که دارای موازین عمران اسلامی شهری است، باید برای مساحت شهر

قطری در نظر بگیرند که از سه میل کمتر نباشد. اما ملاک احکام مسافر در خروج از حد ترخص، همان حدود عرفی انتهای ابنیه و خفاء جدران و صوت اذان است.

حداکثر قطر شهر نباید بیش از چهار فرسخ یعنی دوازده میل (۲۴ کیلومتر بنابر قول مشهور و ۲۱ کیلومتر بنابر قول غیر مشهور) باشد، توجه به دو نکته ذیل این مطلب را روشن می‌کند: ۱. محل نماز جمعه باید در مرکز شهر باشد. ۲. حضور در نماز جمعه برای کسانی که در فاصله کمتر دو فرسخ از محل نماز جمعه قرار دارند واجب است و برای کسانی که در فراتر از این فاصله زندگی می‌کنند واجب نیست. (کلینی، الکافی، ج ۳، ص: ۴۱۹) از اینرو قطر شهر عرفی از نظر منابع دینی اسلامی نباید از دوازده میل تجاوز کند زیرا فرض بر این است که نماز جمعه در مرکز شهر برگزار می‌شود و از مرکز شهر تا فاصله دو فرسخ از هر سمت محدوده وجوب حضور در نماز جمعه شهر است که به معنای آن است که ساکنان این محدوده شهروندان شهری که نماز جمعه در آن برپا می‌شود به شمار می‌آیند و آنان که در فاصله بیش از این مقدارند شهروندان این شهر به شمار نمی‌آیند و لذا حضور در نماز جمعه بر آنان واجب نیست، بنابراین قطر کلی شهر، دوازده میل یعنی چهار فرسخ خواهد بود.

### ۳. مرکز شهر

مرکز شهر یا هسته شهر در فقه اسلامی مسجد اعظم یا مسجد جامع شهر است که نماز جمعه در آن برپا می‌شود.

با توجه به اینکه در روایات مسجد اعظم (جامع) از مسجد قبیله (مسجد محله) و مسجد سوق متمایز شده است (طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۳، ص: ۲۵۳) و با توجه به جایگاه مسجد اعظم یا مسجد جامع که محل برگزاری نماز جمعه و جامع همه مردم شهر است، و چون برای همه مردم شهر بنا نهاده شده است، قاعده عدل و انصاف اقتضاء می‌کند که این مسجد در محلی باشد که مسافت آن برای مردم ساکن در هر جهت از جهات شهر مساوی و برابر باشد. همچنین تعلیل ذکر شده در روایتی از امام رضا علیه السلام که فرمود: «وَوُضِعَ أَلْبَيْتُ فِي وَسْطِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ الْمَوْضِعُ الَّذِي مِنْ تَحْتِهِ دَحِيَّةُ الْأَرْضِ وَ لِيَكُونَ الْقَرْصُ لِأَهْلِ الْمَشْرِقِ وَ الْمَغْرِبِ فِي ذَلِكَ سَوَاءً» (ابن بابویه، علل الشرائع، ج ۲، ص: ۳۹۶) قابل تعمیم به محل بحث ما است زیرا دلالت بر محبوبیت شرعی یکسان بودن محل اقامه مناسک عبادی جامع برای اهل خاور و باختر دارد، بنابراین در شهر نیز محل عبادت مردم شهر که همان مسجد جامع است باید برای اهل شرق و غرب شهر یکسان باشد. همچنین از این روایت استفاده می‌شود که مسجد محله نیز باید در وسط محله باشد.

#### ۴. بلند مرتبه سازی

بلندمرتبه سازی پدیده ای است که کم و بیش، در طول تاریخ معماری، به آن پرداخته شده است. کهن ترین ساختمان بلند در دوران باستان را اهرام مصر میدانند. با وجود این پیشینه تاریخی، نخستین بناهایی که در اواخر نیمه دوم قرن نوزدهم به ساختمان های بلند شهرت یافتند، متعلق به شهر شیکاگو در آمریکا هستند. به دنبال پیشرفت فناوری و در پاسخ به مسائلی همچون کمبود زمین و عدم امکان گسترش افقی بنا در مناطق مورد تقاضا و بهینه شدن مصرف انرژی ساختمان، رویکرد بلند مرتبه سازی قوت گرفت. اما با بررسی رابطه بین بلندمرتبه سازی با میزان و نوع جرایم شهری، روشن می شود که بلندمرتبه سازی خسارات جبران ناپذیری به دنبال دارد. (زننگه شهرکی، تأثیر بلند مرتبه سازی بر میزان جرایم شهری، از صفحه ۶۱ تا ۷۴)

از جدیدترین نظریه های جرم شناسی، نظریه تاثیر طراحی محیطی بر جرم و جنایت است، که در پرتو این نظریه می توان رابطه بین بلندمرتبه سازی با وقوع جرایم شهری را تبیین کرد. نظریه طراحی محیطی بر نقش بارز الگوی مسکن، ساخت خانه ها و ساختمانها، طراحی محیط ساخته شده و ساختار کالبدی و فیزیکی فضاهای شهری بر وقوع جرم تأکید می کند؛ از اینرو در این نظریه، تلاش بر کاهش جرایم از طریق طراحی محیطی است. یکی از این رویکردها، رویکرد (CPTED) یا پیشگیری از جرایم با استفاده از طراحی محیطی است. این رویکرد را می توان نوعی رویکرد هدفمند برای طراحی کارآمد و هوشمندانه مؤلفه های محیطی با به کارگیری بهینه محیط ساخته شده در کاهش جرایم دانست که در افزایش میزان رضایتمندی شهروندی و در نتیجه، رفاه اجتماعی جامعه تأثیر بسزایی دارد. (بررسی پیشینه نظریه جرم و جنایت و طراحی ملک مسکونی ص: ۱۳۶-۱۶۴) با طراحی محیطی می توان از بروز جنایت در شهرها جلوگیری کرد؛ چرا که فرصت های جرم می تواند با شیوه های برنامه ریزی شهری و معماری کاهش یابد. (تئوری و عمل پیشگیری از جرم از طریق محیطی، ص ۱۹۶) رویکردهای جدید طراحی محیطی بر این نکته تأکید دارند که با توجه به ساختار کالبدی فضاهای شهری و تدوین و انجام دستورها و مقررات ویژه آنها، می توان به میزان گستردهای از ارتکاب جرایم شهری جلوگیری کرد. (ایمن سازی محله ها، ص: ۱۹)

طبق مطالعات انجام شده بر روی شهر تهران بیشترین میزان جرایم صورت گرفته در شهر تهران به ترتیب در مناطق مرکزی، شمالی، جنوبی، شرقی و غربی این شهر هستند و بیشترین تعداد ساختمانهای بلندمرتبه و آپارتمانها و بالاترین تراکم های ساختمانی نیز به ترتیب در مناطق مرکزی، شمالی، جنوبی، شرقی و غربی این شهر استقرار یافته اند. (زننگه شهرکی، سعید و همکاران، تأثیر

بلند مرتبه سازی بر میزان جرایم شهری (مطالعه موردی: مناطق بیست دو دوگانه تهران)، ص ۶۹-۷۰) همچنین هر چه از مرکز شهر به اطراف حرکت کنیم، از تعداد جرایم شهری کاسته شده و تا اندازه‌های میزان امنیت بیشتر می‌شود، در مورد بلندمرتبه‌سازی همچنین هرچه از مرکز شهر به سمت پیرامون حرکت کنیم از تراکم برجها و بلندمرتبه‌ها کاسته می‌شود؛ نتایج به دست آمده درستی این مطلب را تأیید می‌کند که تغییر سبک زندگی و تغییر نوع ساختمانها و مسکن، یعنی تبدیل خانه‌های تک‌واحدیستی به زندگی در آپارتمانها و برجهای بلندمرتبه، بر تعداد و نوع جرایم شهری تأثیر داشته است.

در زندگی آپارتمان نشینی، ساختار خانه‌ها به‌گونه‌ای است که نظارت جمعی و عمومی بر محله‌ها وجود ندارد و ساختار محله محوری گذشته از میان رفته است. در ساختار جدید برخلاف شهرسازیستی، بیگانگی به وجود آمده، حس نظارت و مراقبت را کاهش داده است. حقیقت این است که ساختار الگو در شهرسازیستی منطبق بر فرهنگ اسلامی دارای اصول جلوگیری از جرایم از طریق طراحی محیطی است. شهرسازیستی بر پایه‌ی تجارب و توانمندی فرهنگی-اجتماعی از انسجام و یکپارچگی فضایی در فراهم‌سازی نظارتهای عمومی بهره می‌برده است. چند اصل اساسی معماری و شهرسازیستی در جلوگیری از جرایم از طریق طراحی محیطی عبارتاند از: ۱. ایجاد اندرونی و بیرونی در منازل و شیوهی به کارگیری اتاقها در ایجاد نظارت و کنترل بیشتر ۲. ایجاد سلسله مراتب دسترسی در مناطق مسکونی و کاهش دسترسی آسان به منزل ۳. ایجاد خانه‌ها با حیاط مرکزی و کنترل و نظارت بر شیوهی دسترسی به اتاقهای مسکونی ۴. افزایش ارتباطات محلی با همسایگی و مشارکت‌های محله‌ای. (رستمی تبریزی، جنایت و شهر، ۳۶۶)

از مجموعه روایات و منابع اسلامی استفاده می‌شود که الگوی مطلوب ساختمان در شهر اسلامی جهت افقی دارد نه عمودی، بدین معنا که ساختمان‌ها باید به نحوی ساخته شوند که افق آسمان از دید ساکنان شهر پوشیده نگردد و ارتباط ساکنان شهر با آیات الهی آسمان و زمین قطع نشود.

#### چند مجموعه از روایات بر این مطلب دلالت می‌کند:

۱. روایاتی است که در آنها نهی از ارتفاع زیاد ساختمان‌ها شده است (برقی، المحاسن، ج ۲، ص: ۶۰۸) که فقهای امامیه بر طبق این احادیث بر کراهت ساخت بنا بیش از ۸ ذراع (حدود ۴ متر) فتوا داده‌اند. (سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۵، ص: ۴۹۰).

۲. روایاتی که بر مبعوضیت شرعی ساختن مناره های بلند برای مساجد دلالت دارند. (علامه. حلی، منتهی المطلب، ج ۶، ص: ۳۲۰)

۳. مجموعه مرکب از دو دسته روایات است: دسته اول: روایاتی است که بر تعدادی از سنن و مستحباتی دلالت دارد که با ساختمان های بلند سازگاری ندارد بلکه ساختمان های بلند موجب تعطیل کامل آنها می شود. نظیر: آیات و روایاتی که بر تأمل و تدبر در آیات آسمانی و زمینی خداوند تأکید دارند. (سوره ق، آیه ۶) استحباب نگاه کردن به آیات الهی آسمان قبل از نافلة شب (طوسی، تهذیب الأحکام؛ ج ۲، ص: ۳۳۴)، دسته دوم: نهی از تعطیل و ترک کلی سنت رسول الله است. (برقی، المحاسن، ج ۱، ص: ۹۴) ۴. روایاتی که درباره علائم و نشانه های منفی آخرالزمان است از جمله ساختمان های بلند را به عنوان یکی از علائم و نشانه های منفی این دوران معرفی می نماید. (بخاری، صحیح البخاری؛ ج ۱۱؛ ص ۳۰) از اینرو الگو مطلوب در ساختمان سازی شهری در فقه اسلامی، مبتنی بر خط افقی در سازهها است و نه خط عمودی.

#### ۵. فراخی و وسعت راهها و خیابانها

از تعدادی روایات وارده از معصومین علیهم السلام مطلوبیت و رجحان شرعی فراخی و گشادگی راهها اعم از راه های اصلی و فرعی استفاده می شود؛ (حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ج ۲۵، ص: ۴۳۶) روشن است که مطلوبیت سعه راه های اصلی و فرعی مطلوبیت تعبدی نیست، بلکه برای رعایت حال عابران است، بنابراین وسعت راه باید به تناسب عابرانی باشد که به طور معمول از آن راه ها استفاده می کنند، و بر اساس قاعده تناسب عرفی حکم و موضوع حد مطلوب در توسعه راهها حدی است که در بالاترین فرض ازدحام عابران بتواند پاسخگوی رفت و آمد آنان باشد بنحوی که عابران بتوانند به آسانی و بدون آنکه چیزی مزاحم آنها باشد یا خود موجبات مزاحمت یکدیگر را فراهم کنند از راه استفاده کنند. همچنین سدّ معبر و ایجاد مزاحمت برای عابران به هر نحو و با هر وسیله که باشد ممنوع است، و در صورت ایجاد ضرر موجب ضمان است. هرگونه رفتار یا اقدامی که موجب ایجاد مزاحمت برای عابران باشد هرچند سدّ معبر نباشد شرعاً ممنوع، و در صورت ایجاد هرگونه ضرر موجب ضمان است. (نظری توکلی، حقوق گذرگاهها و سدّ معبر در فقه اسلامی، ص ۶۹ - ۷۰)

#### ۶. حریم و محدوده ساختمانها

حریم، اصطلاحی فقهی و حقوقی به معنای محدودهای معین در اطراف برخی اموال غیرمنقول که برای بهره بردن کامل مالکان از آن اموال، از برخی تصرفات دیگران در آن محدوده منع شده است.

بنابر اقتضائات عصر پیامبر اکرم و امامان علیهم السلام، در احادیث به برخی مصادیق حریم توجه شده است، از جمله حریم راه (کلینی، الکافی، ج ۵، ص: ۲۹۶)، درختان (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص: ۱۰۱)، چاه (کلینی، الکافی، ج ۵، ص: ۲۹۶)، قنات (همان)، چشمه (همان، ص ۲۹۳)، رودخانه (همان، ص ۲۹۶) و مسجد (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص: ۱۰۲) در منابع فقهی، علاوه بر این موارد، از مصادیق دیگری مانند حریم دیوار (زَحَلِی، الفقه الاسلامی و أدلته، ج ۶، ص ۴۶۳۵)، روستا (همان) خانه (عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۹، ص: ۶۶) و معدن (شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص: ۶۸) و شهر (فرسطنائی نفوسی، القسمة و أصول الأرضین، ص ۵۳۹) و دریا (همان، ص ۵۳۸) و غار (همان، ص ۵۴۹) نیز سخن به میان آمده است. درباره محدوده حریم در هر یک از مصادیق آن، بسیاری از فقهای شیعه و اهل سنت، به ویژه حنفیان و حنبلیان، به مقادیر ذکر شده در احادیث قائل شده و رعایت آن فواصل را لازم دانسته اند. در بسیاری از موارد به حد اقل حریم اکتفا شده است و در مواردی که حریم و محدوده مشخص نشده، حریم کلی؛ عدم اضرار و زیان رسانی است. مالکیان و شافعیان نیز، در برخی موارد، تعیین محدوده حریم را به عرف واگذار کرده اند. (زَحَلِی، الفقه الاسلامی و أدلته، ج ۶، ص ۴۶۳۵)

اصل کلی در باب حریم، این است که: هر آنچه استفاده از آن یا عدم آسیب به آن بر وجود حریم توقف دارد باید برای آن حریم مناسب در نظر گرفت، و میزان کلی حریم منع از آسیب و ضرر است، و هر نوع ساخت و ساز، با اخذ امتیازی که موجب منع دیگران از بهره برداری از ملک و مال و متاع خویش می گردد از نظر شرعی ممنوع است. و از جهت دیگر خصوصیتی در موارد مذکور در روایات وجود ندارد، خصوصا با توجه به آن که ملاک کلی حریم در نظر شارع عدم اضرار و آسیب است، بنابراین حکم حریم به جهت وسعت ملاک آن توسعه می یابد، و شامل همه اشیائی می شود که عدم اضرار به آنها یا انتفاع صاحبان آنها از آنها بر رعایت حریم مناسب توقف دارد. بنابراین برای راه ها، ساختمانها، مؤسسات، محل های تجاری، و پارکینگ ها ... باید حریم مناسب در نظر گرفت.

## ۷. ساخت و ساز بیش از حد نیاز

در منابع اسلامی از روایاتی که از معصومین وارد شده استفاده می شود؛ ساختمان سازی باید برای رفع نیاز، و در حد نیاز باشد، و ساختمان سازی بیش از حد نیاز مورد نهی و منع قرار گرفته است. (کلینی، الکافی ج ۲، ص: ۴۸؛ ج ۶، ص: ۵۳۱) در برخی احادیث، ساخت ساختمان بیش از حد نیاز

در نظر شارع نوعی خودنمایی و گردن افرازی نسبت به سایر مردم به شمار می آید و ممنوع است. بن بابویه، ثواب الأعمال و عقاب الأعمال، ص: (۲۸)

می توان از این احادیث، منع از ساختمان افزایی بیش از حد نیاز و منع از تجاری سازی (ساختمان سازی به انگیزه سودآوری محض و ایجاد تقاضاهای کاذب در بازار مسکن) را برداشت کرد. همچنین بر اساس این روایات، ساخت ساختمانهای اداری بیش از حد نیاز کارگزاران و مراجعین و احداث سازههای عریض و طویل و اشغال زمینهای فراخ و پهناور از سوی ادارات دولتی، اقداماتی نامشروع است.

### ۸. امنیت و ایمنی شهری

باتوجه به این که شهر یکی از زیستگاههای متراکم انسانی است که به دلیل حضور انسان، نیازمند ایمنی در همه ابعاد کالبدی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، مدیریتی و هر نوع اقدامی است که جامعه انسانی و محیط طبیعی و مصنوع آن را بیمه کند. «خانه» محل آرامش و زندگی آسوده اعضاء خانواده است؛ از اینرو باید به نحوی ساخته شود که آرامش و آسایش اعضای خانواده را تأمین کند. در منابع اسلامی بر رعایت امنیت مداری در عمران شهری بویژه در ساختن خانه های مسکونی تأکید شده است. امنیتی که باید در ساختن خانه مسکونی رعایت شود دو نوع است: ۱. ایمنی یا امنیت فیزیکی (جانی و مالی و عرضی)؛ ۲. امنیت اخلاقی.

۱. ادله وجوب رعایت امنیت مالی و جانی و عرضی در ساختمان: در مورد لزوم رعایت امنیت مالی و جانی دو دسته از ادله وجود دارد: ادله عام: احادیثی که بر لزوم رعایت امنیت مالی و جانی و آبرویی بلکه ممنوعیت هرگونه تجاوز به حقوق دیگران به طور عام و ممنوعیت ایجاد هر نوع ناامنی برای افراد و برای عموم جامعه دلالت می کنند. (کلینی، الکافی ج ۲، ص: ۲۳۴) و برخی روایات بر لزوم برقراری عدل و امنیت بر توسط حاکمان اسلامی و لزوم طراحی شهری در راستای تأمین امنیت جانی و مالی و عرضی دلالت دارد. (همان، ج ۵، ص: ۵۲) ادله خاص: مانند روایات کراهت خوابیدن در خانه های بدون در، (همان، ج ۶، ص: ۵۳۳. خوابیدن در پشت بام بدون دیوار، (همان، ج ۶، ص: ۵۳۰) و ورود به خانه های تاریک بدون چراغ. (همان، ص ۵۳۲)

۲. ادله وجوب رعایت امنیت اخلاقی در ساختمان: تجسس در احوال شخصی دیگران، جستجو کردن نقاط ضعف، و نیز چشم چرانی و هزره نگاهی غیرمجاز است، و از عواملی است که موجب سلب امنیت اخلاقی شهروندان می شود لهذا در نظام شهرسازی باید تأمین امنیت مردم و ساکنان در منازل از این جهت به کامل مدنظر قرار بگیرد خدای متعال می فرماید: «تجسس نکنید.» (سوره

حجرات، آیه ۱۲) مهم‌ترین موارد تأمین امنیت روانی و اخلاقی جامعه عبارت است از: ۱. عدم تجسس در احوال دیگران؛ ۲. عدم پی جویی عیوب و نقاط ضعف دیگران؛ ۳. اجتناب از نگاه به آنچه باید مستور و پنهان باشد مانند بدن افراد. برای تأمین امنیت روانی و اخلاقی در رابطه با موارد یاد شده، افزون بر اجتناب از چشم چرانی، اجتناب از نظر انداختن به درون خانه دیگران لازم است؛ بدین جهت در شرع اسلام بر اجتناب از نظر اندازی به درون خانه دیگران تأکید شده است. (ابن بابویه، ثواب الأعمال و عقاب الأعمال؛ ص: ۲۸۲) رسول خدا خَلَمَی فرماید: «هرکس قبل از آنکه وارد خانه ای شود، در حریم آن خانه چشم چرانی کند، پس خدا او را موقن نکند که گنه کار است، گنه کار.» (کوفی، الجعفریات - الأشعثیات، ص: ۱۶۵) بر این اساس مقصود از تأمین امنیت اخلاقی عبارت است از: امنیت از تجسس، و پی جویی عیوب مردم از جمله از طریق اطلاع بر زندگی شخصی افراد، بویژه زندگی درون خانه، و نیز امنیت از نظراندازی به درون خانه و مکشوف شدن آنچه باید از دیگران مستور بماند. تأمین امنیت اخلاقی از جهات مذکور اقتضا می کند ساختمان خانه های مسکونی به نحوی باشد که افزون بر تأمین امنیت فیزیکی ساکنان خانه، امنیت معنوی و اخلاقی و روانی آنها نیز تأمین شود که تنها با مستور بودن محیط درون خانه از چشم و نگاه دیگران قابل تأمین است.

## ۹. فضای سبز شهری

فضاهای سبز شامل درختان و گیاهان دیگر هستند که به عنوان ششهای شهر به کار گرفته می شوند، و فعل و انفعالات شهری و فرآیندهای طبیعی را فراهم می کنند، همچنین به اصلاح اقلیم محلی کمک می کنند، و فضاهای تفریحی را ایجاد می کنند و به عنوان ارتباط کاملی با دنیای طبیعی برای ساکنان شهر به کار می روند. (سعیدنیا، «فضاهای سبز شهری» ج ۹، ص ۲۷ و ۸ و ۲۴-۲۳) مکانهایی مانند پارکها، درختان و آبها در شهر، خدمات زیست محیطی، اجتماعی و فیزیولوژیکی را فراهم می کند که در زیست پذیر نمودن شهرها اهمیت بسیاری پیدا می کنند.

بر اساس مطالعات انجام شده فضای سبز در بهبود و ارتقای کیفیت زندگی شهری تأثیرات انکار ناپذیری دارد؛ (نهیسی، بررسی تأثیر فضای سبز شهری بر ارتقای کیفیت زندگی شهری، ص ۵۱-۷۰) تأثیراتی مانند: کاهش آلودگی هوا، کاهش آلودگی صوتی، ایجاد آب و هوای مناسب، زیبا سازی شهر و پنهان کردن زشتی ها و ایجاد احساس تعلق بیشتر در انسان.

فضای سبز در نظام اسلامی عمران شهری از اهمیت ویژه ای برخوردار است، و در منابع فقه اسلامی از جهات گوناگون مورد توجه قرار گرفته است. در قرآن کریم فضای سبز از جایگاه بسیار

والایی برخوردار است، بخشی از آیات کریمه قرآن به اهمیت فضای سبز در زندگی دنیایی پرداخته، و برخی دیگر به اهمیت فضای سبز در زندگی جاودانه اخروی پرداخته است. همه این آیات بر جایگاه بسیار بالای فضای سبز به طور عموم بویژه فضای سبز درختی و باغستان های میوه در زندگی اجتماعی انسان اشاره و تاکید دارد، و فضای سبز را یکی از مهم ترین نعمت های الهی و از جمله عناصر مهم زندگی دنیایی خوب و خوش به شمار آورده است. (سوره نمل، آیه ۶۰) به نشاط آفرین بودن باغها و تاثیر مستقیم فضای سبز در کاهش استرس اشاره شده است. در دنیای امروز پدیده های با عنوان «باغ های درمان» مطرح است. این پدیده حاصل مطالعات صورت گرفته بر رابطه مستقیم سلامت انسان و چشم اندازها و مناظر است که به احداث باغ ها و پارک ها خصوصا در اطراف بیمارستان و مراکز درمانی منجر شده است.

آیه ۵ سوره مبارکه سبا به وجود باغهای در اطراف شهر قوم سبأ اشاره شده که باعث ایجاد آب و هوای شهر شده است. امروزه این پدیده را با عنوان «کمر بند سبز» می شناسند که با ایجاد کمر بندی از پوشش گیاهی و فضای سبز در اطراف و گرداگرد شهر، از ورود گرد و غبار و ریزگرد و آلودگی هوا جلوگیری می کنند، این روش در تلطیف و تعدیل هوا بسیار مؤثر است.

در روایات وارد شده از معصومین بر اهمیت فضای سبز به طور کلی، و بویژه بر نگهداری و پرورش گل، و نیز درختکاری تأکید فراوان بعمل آمده است. احادیث متعددی در مدح نگاه به مناظر سرسبز، محبوبیت گل و گیاه و اهدای گل وارد شده است. (حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ج ۲، ص: ۱۴۳؛ کلینی، الکافی ج ۶، ص: ۵۲۴) که از این روایات نوعی قدسیت و احترام معنوی برای گل استفاده می شود که حاکی از آن است که گل افزون بر نقشی که در ایجاد فضای فیزیکی سالم دارد در ایجاد فضای معنوی سالم نیز نقش مهمی دارد.

بنابراین افزایش استفاده از گل و گیاه و پرورش و نگهداری آن در فضای شهر و فضای خانه ها تا آنجا که ممکن و میسر است مطلوبیت دارد، و لذا لازم است در عمران شهرها زمینه بهره برداری هر چه بیشتر از گل و گیاه و سبزه را در محیط های همگانی (پارکها)، محیط های نیمه عمومی (ادارات) و فضاهای خیابانی، فراهم ساخت. روایات مختلفی در تشویق و برانگیختن مسلمانان بر کاشت درخت وارد شده (نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۳، ص: ۴۶۰) که از بعضی از آنها می توان وجوب درختکاری را برداشت کرد. (مجلسی، بحار الأنوار، ج ۳؛ ص ۸۶) همچنین روایاتی در ممنوعیت قطع درختان که بعضی از این روایات بر حرمت قطع درخت (کلینی، الکافی؛ ج ۵، ص: ۲۷) به ویژه درخت بارده و میوه دار دلالت دارد. (همان؛ ج ۵، ص: ۲۹)

## ۱۰. رعایت نظافت در محیط شهری

در روایات وارده از معصومین بر لزوم رعایت نظافت و پاکیزگی تأکید فراوان شده است تا آنجا که نظافت و پاکیزگی، سیره انبیا (همان؛ ج ۵، ص: ۵۶۷) و محبوب خداوند شمرده شده و آلودگی و کثیفی مبعوض خداوند و افزون بر آسیب های جسمانی منشأ آسیب های به شمار آمده است. (سوره بقره، آیه ۲۲۲) روایات بسیاری در مدح نظافت (شیخ طوسی، الأمالی؛ ص: ۲۷۵) و جارو کردن خانه (کلینی، الکافی؛ ج ۶، ص: ۵۳۱) و بیرون خانه (برقی، المحاسن؛ ج ۲، ص: ۶۲۴) و در مذمت آلوده و چرکین بودن (کلینی، الکافی؛ ج ۶، ص: ۴۳۹) و نهی از جمع پس ماندها در خانه وجود دارد. (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه؛ ج ۴، ص: ۵)

هرچند فقها معمولاً از روایات وارده درباره مطلوبیت نظافت، استحباب مؤکد نظافت، یا کراهت ضد آن را استفاده کرده اند؛ لکن عباراتی نظیر: «إن الله ... یکره البؤس والتبائس» همانا خداوند ژندگی و ژنده نمایی را کراهت دارد» و نیز «بئس العبد القادوزة» ظهور در حرمت اجمالی ژندگی و کثیف بودن دارد و به فرض آنکه کراهت کثیف بودن استفاده شود، این مطلب در فقه کلان حالت الزام پیدا می کند؛ زیرا مطلوبیت شرعی پاکیزگی و کراهت آلودگی به معنای آن است که نظافت عمومی در نظر شرع از مصالح به شمار می رود و از آنجا که تفریط در مصالح عامه برای اولیای جامعه مجاز نیست، مدیران شهری موظفند نظافت عمومی را به عنوان یک واجب شرعی مراعات کنند و تدبیر لازم را برای حفظ نظافت عمومی در محیط زندگی شهری اتخاذ کنند. عدم رعایت این مطلب از سوی مدیران شهر، تفریط در مصالح عامه به شمار می آید و موجب سلب صلاحیت تولی امور عامه توسط آنان می شود. (اراکي، فقه عمران شهری، ص ۲۴۹)

نتیجه گیری:

۱. ارکان و عناصر شهر شرعی سه چیز است: ۱. مردم ۲. حاکم (دولت) ۳. قانون.
۲. حداقل قطر محدوده شهر: سه میل (حدود ۶ کیلومتر) است.
۳. حداکثر قطر شهر: دوازده میل (۲۴ کیلومتر بنابر قول مشهور و ۲۱ کیلومتر بنابر قول غیر مشهور) است.
۴. مرکز شهر یا هسته شهر در فقه اسلامی مسجد اعظم یا مسجد جامع شهر است که نماز جمعه در آن برپا می شود.

۵. الگوی مطلوب ساختمان در شهر اسلامی جهت افقی دارد نه عمودی، بدین معنا که ساختمان ها باید به نحوی ساخته شوند که افق آسمان از دید ساکنان شهر پوشیده نگردد .
۶. با بررسی رابطه بین بلندمرتبه سازی با میزان و نوع جرایم شهری، روشن می شود که بلندمرتبه سازی خسارات جبران ناپذیری به دنبال دارد.
۷. ساختمان سازی باید برای رفع نیاز، و در حد نیاز باشد، و ساختمان سازی بیش از حد نیاز مورد نهی و منع قرار گرفته است.
۸. مطلوبیت و رجحان شرعی فراخی و گشادگی راهها اعم از راه های اصلی و فرعی از منابع فقهی استفاده می شود.
۹. امنیتی که باید در ساختن خانه مسکونی رعایت شود دو نوع است: ۱. ایمنی یا امنیت فیزیکی (جانی و مالی و عرضی)؛ ۲. امنیت اخلاقی.
۱۰. تجسس در احوال شخصی دیگران، جستجو کردن نقاط ضعف، و نیز چشم چرانی و هزره نگاهی غیرمجاز است.

## منابع

قرآن کریم

۲. ابن اخوه، محمد بن محمد، معالم القره فی احکام الحسبه، مرکز النشر التابع لمکتب العالم الاسلامی، قم، ۱۳۶۷.
۳. ابن بابویه، نواب الأعمال و عقاب الأعمال، دار الشریف الرضی للنشر، قم، چاپ: دوم.
۴. ابن بابویه، کتاب من لا یحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ: دوم، ۱۱۳ ق.
۵. ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، المقدمة، دار الفکر، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ - ۱۹۸۸ م.
۶. اراکی، محسن، فقه عمران شهری، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۳۹۷ ش.
۷. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، جمهوریة مصر العربیة، وزارة الأوقاف، المجلس الاعلی للشئون الإسلامیة، لجنة إحياء كتب السنة، قاهره، چاپ: دوم، ۱۶۱۰ هـ.ق.
۸. برقی، احمد بن محمد بن خالد، المحاسن، دار الکتب الإسلامیة، قم، دوم، ۱۳۷۱ هـ.ق.
۹. حسینی، سید علی، اصول و مبانی برنامه ریزی شهری و روستایی، انتشارات دریای دانش، رشت، چاپ اول، ۱۳۹۰ ش.
۱۰. زحیلی، وهبه بن مصطفی، الفقه الاسلامی و أدلته، دار الفکر، دمشق، بی تا.
۱۱. زنگنه شهرکی، سعید و همکاران، تأثیر بلند مرتبه سازی بر میزان جرایم شهری (مطالعه موردی: مناطق بیست دو دوگانه تهران)، در پژوهش های جغرافیای انسانی، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۷۷.
۱۲. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام، مؤسسه المنار، قم، چهارم، ۱۶۱۳ هـ.ق.
۱۳. سعیدنیا، احمد، «فضاهای سبز شهری» انتشارات سازمان شهرداریها و دهیاریهای کشور، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۳ ش.
۱۴. شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، دوم، ۱۶۱۷ هـ.ق.
۱۵. طوسی، الأمالی، دار الثقافة، قم، اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۶. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام، دار الکتب الإسلامیة، تهران، چاپ چهارم، ۱۶۰۷ ق.
۱۷. عاملی، حر، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، اول، ۱۶۰۹ هـ.ق.
۱۸. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، اول، ۱۶۱۹ هـ.ق.
۱۹. فرسطنائی تفوسی، احمد بن محمد، القسمة و أصول الأرضین، نشر جمعیة التراث، القرارة - الجزائر، چاپ دوم، ۱۶۱۸.
۲۰. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دار الکتب الإسلامیة، تهران، چاپ: چهارم، ۱۶۰۷ ق.
۲۱. کوفی، محمد بن محمد اشعث، الجعفریات - الأشعثیات، مکتبه نینوی الحدیثه، تهران، اول، بی تا.
۲۲. گل خلمی، ایمان، حقیقت بین، مهدی، کاربرد فقه در تحقق منظر شهری امن، مجله شیعه شناسی، دوره ۱۴، شماره ۵۵، پاییز ۱۳۹۵، صفحه ۶۹-۹۸.
۲۳. مبلنی، احمد، القواعد الفقیهه لفقہ العرمان «الموتمر الفقه الحضاری، الفقه العرمان، عمان، وزارة الوقاف و الشئون الدینیة، ۱۴۳۳، ص ۴۷-۶۴.
۲۴. مجلسی، محمد باقر، بحار الأنوار، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ: دوم، ۱۶۰۳ ق.

۲۵. مقدسی، ابو عبد الله محمد، أحسن التقاسیم فی معرفه الأقالیم، دار صادر، بیروت، چاپ: دوم، بی تا.

۲۶. نظری توکلی، سعید، حقوق گذرگاه ها و سد معبر در فقه اسلامی، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۸۸ ش.

۲۷. نهیبی، سارا، بررسی تأثیر فضای سبز شهری بر ارتقای کیفیت زندگی شهری، در فصلنامه پایداری، توسعه و محیط زیست، دوره ۱، شماره ۱ (پیاپی ۲)، تابستان ۱۳۹۳. |

۲۸. نوری، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، بیروت، اول، ۱۹۰۸. مصرف‌کنندگان بهره‌گیری نماید.

# بازخوانی فقهی و حقوقی جایگاه اعتیاد در سیاست کیفری ایران

دکتر علی مراد حیدری

دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشیار پایه ۱۶، دانشگاه حضرت معصومه (س)

# ۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۸.۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۱۱.۰۱

## چکیده

نوع سیاست کیفری اتخاذی علیه اعتیاد، به جایگاه حقوقی این پدیده بستگی دارد. از جنبه فقهی، برخی قائل به تحریم و برخی قائل به عدم تحریم مصرف مواد مخدر و اعتیاد به مصرف آن هستند.

طرفداران تحریم مواد مخدر هم در مبنا اختلاف دارند: برخی با استناد به ادله روایی، برخی به استناد وحدت ملاک مواد مخدر با مسکرات، و بسیاری نیز با استناد به دلیل ثانوی ضرر حکم به تحریم مصرف مواد مخدر داده اند.

در زمینه جایگاه حقوقی اعتیاد به مواد مخدر نیز، دو رویکرد «جرم انگاری قانونی» و «بیماری پنداری» بین حقوقدانان و جامعه شناسان رایج است. پیامد رویکرد نخست، پیگرد قضایی و برخورد سکوبگرانه با معتاد و پیامد رویکرد دوم، آزادسازی مصرف مواد مخدر و کوشش برای کاهش آسیب آن است.

در این پژوهش که به روش کتابخانه ای و تحلیلی - توصیفی انجام شده، نظریه «انحراف پنداری اعتیاد» به عنوان جایگزین نظریه های جرم انگاری و بیماری پنداری اعتیاد مطرح، و مبانی و پیامدهای آن بررسی شده است. انحراف پنداری اعتیاد، مستلزم احتساب آن به عنوان «وضعیت مخاطره آمیز» برای معتاد و خانواده وی - به ویژه کودکان - است، و این امر ضرورت مداخلات پیشگیرانه چندجانبه مبتنی بر ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان و راهکارهای پیش بینی شده در این قانون را توجیه پذیر می نماید.

واژگان کلیدی: اعتیاد، مواد مخدر، سیاست کیفری، جرم، بیماری، انحراف، وضعیت مخاطره آمیز.

## Jurisprudential and legal analysis of the guarantee condition in contracts.

### Abstract

The type of criminal policy adopted against addiction depends on the legal status of this phenomenon. From the jurisprudential point of view, some believe in banning and some believe in not banning drug use and addiction.

Proponents of drug embargo differ on the basis: some based on narrative evidence, some based on the unity of the criteria of drugs with intoxicants, and many based on the secondary reason of harm.

Regarding the legal status of drug addiction, two approaches of "legal criminalization" and "criminalization" are common among lawyers and sociologists. The consequence of the first approach is prosecution and aggressive treatment of addicts, and the consequence of the second approach is the liberation of drug use and efforts to reduce its harm.

In this research, which was carried out using a library and analytical-descriptive method, the theory of "addiction deviation" was proposed as an alternative to the theories of criminalization and the disease of addiction, and its foundations and consequences were investigated. Deviation of the concept of addiction requires considering it as a "dangerous situation" for the addict and his family - especially children - and this necessitates multilateral preventive interventions based on Article ۳ of the Law on the Protection of Children and Adolescents and the solutions provided in this It justifies the law.

**Key words:** addiction, drugs, criminal policy, crime, disease, deviance, dangerous situation.

## مقدمه

سیاست کیفری مخدری نمی‌تواند فارغ از تعیین جایگاه حقوقی رفتارهای مخدری باشد. نخستین چالش سیاست کیفری مخدری که پایه بسیاری از دیدگاهها، رویکردها و راهبردها در قبال اعتیاد به مواد مخدر است، جایگاه این پدیده در نظام حقوق کیفری است. این چالش ناشی از نگرش فقهی و حقوقی به این پدیده و گوناگونی دیدگاه‌ها در این زمینه است.

رویکرد نظام حقوقی ایران در قلمرو تولید، قاچاق و توزیع مواد مخدر، جرم‌انگاری قانونی - البته با واکنش‌های کیفری گوناگون - است، لکن در زمینه مصرف مواد مخدر و پدیده «اعتیاد»، دو رویکرد «جرم‌انگاری قانونی» و «بیماری‌پنداری» بین حقوقدانان و جامعه‌شناسان رایج است، پیامد رویکرد نخست، برخورد با اعتیاد در فرایند رسمی قضایی و در چارچوب رسیدگی کیفری و تعیین کیفر است و پیامد رویکرد دوم، قانونی‌سازی مصرف مواد مخدر و خروج آن از فرایند قضایی و بسندگی به پیشگیری و کاهش آسیب است.

پرسش اینکه جایگاه حقوقی اعتیاد چه پیوندی با دیدگاه‌های فقهی دارد؟ و آیا سیاست کیفری مخدری می‌تواند بر پایه دیدگاه دیگری در خصوص جایگاه حقوقی اعتیاد باشد؟

در ادامه پس از بررسی دیدگاه‌های رایج فقهی و حقوقی در زمینه اعتیاد، دیدگاه نگارنده مبنی بر «انحراف‌پنداری اعتیاد» و ضرورت پرهیز همزمان از جرم‌پنداری و بیماری‌پنداری (قانونی‌سازی) اعتیاد مطرح شده و مبانی و پیامدهای آن - از جمله ضرورت مداخلات زودرس پیش‌بینی شده در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳ در خصوص وضعیت‌های مخاطره‌آمیز - بررسی خواهد شد.

## ۲- دیدگاه‌های فقهی در قبال اعتیاد

از جنبه فقهی، دیدگاه‌های فقهی در خصوص مصرف مواد مخدر در سیر تاریخی متغیر بوده و بی‌ارتباط با ظهور گونه‌های جدید مواد مخدر و گستردگی آثار آن نیست.

### ۲-۱- عدم تحریم مصرف مواد مخدر

متقدمین از فقهاء متعرض حکم تکلیفی مصرف مواد مخدر نشده‌اند بلکه حکم وضعی و آثار رفتارهای متأثر از مصرف مواد مخدر را بیان کرده‌اند. این دسته از فقهاء تعزیر را متوجه اعمالی دانسته‌اند که شخص به سبب استعمال مواد مرتکب آنها می‌شود و نه برای صرف استعمال مواد.

به عنوان نمونه شیخ طوسی در النهایه گفته است: «هر کس به دیگری بنگ بخوراند یا با حيله گری موجب نوشیدن یا خوردن ماده مسکری توسط دیگری شود و سپس مال او را بگیرد، به خاطر این کار با صلاحدید حاکم مجازات می شود و آن مالی که برده هم از او پس گرفته می شود.» (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۷۲۱).

بسیاری از فقهای دیگر مانند شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳، ص ۸۰۵)، ابن البراج (طرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۵۵۴)، ابن ادریس (عجلی حلی، ۱۴۱۰، ص ۳/۵۱۱)، یحیی بن سعید (حلی، ۱۳۹۴، ص ۶۰۸)، علامه حلی (أسدی حلی، بی تا، ص ۲/۲۳۴) نیز چنین فتوایی داده اند.

همانگونه که گفته شد دیدگاه متقدمین بر الحاق آثار وضعی مصرف بنگ (حشیش) به مسکرات است، لکن از جهت حکم تکلیفی از آنجا که اکثر فقها وجه فارق و ممیز بین مسکر و مواد مخدر و ملاک در تشخیص مسکر از غیر مسکر و خمر از غیر خمر را عرف دانسته اند (نجفی، ۱۴۳۲، ص ۴۱/۴۴۹) و در نظر عرف نمی توان مواد مخدر را عین مسکر دانست، بنابراین نمی توان حکم حرمت را بر مواد مخدر بار نمود.

مؤید تفاوت عرفی بین خمر و مواد مخدر اینکه امروزه بخشی از مسلمانان استعمال مواد مخدر را مباح یا مکروه می پندارند از این رو در استعمال آن تسامح می ورزند (آقابابایی، ۱۳۸۴، ص ۸۷)، در حالی که اگر اعتقاد به حرمت همچون اعتقاد به سایر مسکرات در بین مسلمانان رواج می یافت مواد مخدر به سادگی نمی توانست جوامع اسلامی را فرا گیرد.

از سوی دیگر در شبهات تحریمی مادامی که دلیل بر حرمت اقامه نشده باشد، عموم فقها قائل به حلیت اند. بنابراین حرام بودن مصرف مواد مخدر هم نیاز به دلیل خاص دارد و دلیل خاصی که صراحت بر حرمت مصرف مواد مخدر داشته باشد وجود ندارد.

## ۲-۲- تحریم مصرف مواد مخدر

از آنجا که فرآورده های مخدری و آثار زیانبار آن در یک سده گذشته بیشتر نمایان شده، فقهای معاصر حساسیت بیشتری نسبت به این موضوع نشان داده و بیشتر فقهاء حکم به حرمت مصرف مواد مخدر داده اند، به گونه ای که به گفته برخی، از زمان مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی تا امروز فتاوی صریحی در خصوص استعمال مواد مخدر از مراجع و مجتهدین در دست می باشد (اسعدی، ۱۳۷۲، ص ۲۳۳). در این زمینه برخی مانند مرحوم آیت الله خوئی استعمال مواد مخدر را از باب

اکل سم و ضرر رساندن به جسم و به مخاطره انداختن سلامت جسمی و روانی که حرمت آن در شرع مسلم است حرام دانسته اند (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۶۸) و برخی هم، مانند آیت الله خامنه ای نیز حرمت آن را از باب اضرار شخصی و اجتماعی دانسته اند (خامنه ای، سیدعلی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷). با وجود این، فقهای قائل به حرمت مصرف مواد مخدر در مبنای تحریم با هم اختلاف نظر دارند:

#### ۱-۲-۲- استناد به ادله روایی

برخی با توجه به روایات وارده در این باب استعمال مواد مخدر را حرام می دانند (حسینی، ۱۳۸۰، ۴). از جمله روایات اینکه از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است: «هر کس گناه استعمال بنگ را سبک بشمارد، کافر شده است» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ۱۷/ص ۸۶). در نقل دیگری آمده است: «بر یهود و نصاری سلام کنید ولی بر کسی که بنگ استعمال می کند، سلام نکنید» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ۱۷/ص ۸۵). و در روایتی دیگر از آن حضرت آمده که: «هر کس بنگ استعمال کند همانند کسی است که خانه کعبه را هفتاد بار خراب کرده هفتاد ملک مقرب را کشته و هفتاد پیامبر مرسل را به قتل رسانده باشد و همچون کسی است که هفتاد قرآن را سوزانده و... چنین کسی از رحمت خدا از شراب خوار، ربا خوار، زانی و سخن چین هم دورتر است» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ۱۷/ص ۸۶).

این روایات به جهت ضعف سند ناشی از مرسل بودن و عدم ذکر سلسله راویان آنها نمی توانند مبنای محکمی برای حرمت باشند. از سوی دیگر این احتمال وجود دارد که روایات فوق برای دوری از آن به توصیه اخلاقی پرداخته اند چنان که گاه حاضر نشدن در نماز جماعت هم با همین تعبیر از زبان پیامبر مورد سرزنش قرار گرفته است و بر همین اساس نمی توان صرفاً به استناد این قبیل روایات به حرمت مطلق استعمال مواد مخدر ملتزم بود.

#### ۲-۲-۲- استناد به وحدت ملاک حرمت مسکر

گروهی دیگر از فقهاء با نظر به روایات حرمت خمر و مسکرات و فلسفه و علت حرمتی که برای آنها بیان شده، از باب تنقیح مناط، حکم حرمت خمر و مسکرات را به مواد مخدر سرایت داده اند، زیرا تمام علت و فلسفه حرمت خمر را که در روایات صحیحیه آمده است، در استعمال مواد مخدر نیز وجود دارد. از جمله شهید صدر معتقد است که عقل از باب قیاس مواد مخدر به خمر، حکم به حرمت آن می کند، زیرا علت منصوصه حرمت خمر، ذهاب عقل و شعور بوده و این علت در مواد مخدر به طور یقینی وجود دارد (صدر، ۱۴۰۶، ۱/ص ۳۱۱).

برخی دیگر هم حکم به حرمت مواد مخدر داده اند، اما نه از باب قیاس به خمر، بلکه از این جهت که مواد مخدر موجب فساد عقل می شود. مرحوم فاضل مقداد در خصوص مبنای مجازات مصرف کنندگان چیزهایی مانند بنگ و شوکران و گیاه حشیش می فرماید: «علمای عصر ما و علمای پیشین اتفاق نظر دارند بر تحریم مصرف آن، ولی آیا دلیل مجازات مصرف کننده این چیزها بخاطر فسادآور بودن این مواد است که در این صورت مصرف کننده باید تعزیر شود، یا اینکه بخاطر سُکرآور بودن آن است که در این صورت مصرف کننده باید حد بخورد؟ بعضی فقهاء گفته اند بخاطر فسادآور بودن این چیزها است و همین قول اقرب به صواب است» (سیوری حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۷۱)

### ۳-۲-۲- استناد به دلیل ثانوی ضرر

بسیاری از فقهاء معاصر به جهت ضررهای فردی و اجتماعی و جسمی و روحی حکم به حرمت مصرف مواد مخدر داده اند. طبق فتوای حضرت امام(ره): «اعتیاد به تریاک جایز نیست و معتاد در صورت عدم لزوم ضرر باید آن را ترک کند» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ص ۷۵).

از دید آیت الله خامنه‌ای هم: «استعمال مواد مخدر و استفاده از آنها با توجه به آثار سوءشان از قبیل ضررهای شخصی و اجتماعی قابل ملاحظه‌ای که براستعمال آنها مترتب می شود، حرام است» (خامنه‌ای، ۱۳۸۹، ص ۳۰۹).

آیت الله سیستانی هم معتقد است: «استعمال تریاک ومشتقات آن و همه مواد مخدر در صورتی که موجب ضرر مهمی باشد حرام است چه ضرر آن ناشی از مصرف زیاد باشد و چه از جهت اعتیاد. بلکه استعمال آن در هر حال به احتیاط واجب جایز نیست مگر این که برای معالجه ومانند آن ضروری باشد که به مقدار ضرورت پزشکی فقط استعمال آن مجاز است.»

پیوند نگرش حقوقی به اعتیاد با این دیدگاه فقهی که نظر مشهور فقهاء معاصر امامیه (حیدری، ۱۴۰۱، ص ۵۷) و بلکه نظر جمهور فقهای اهل سنت است (طیار، ۱۳۸۲، ص ۸۰)، از این جهت است که چون اعتیاد به مواد مخدر دارای مفسد و ضررهای بزرگ فردی و اجتماعی است، عمل حرامی به شمار می آید و بنا بر قاعده ی فقهی «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ» که آن هم نظر مشهور فقهاء است (نجفی، ۱۴۳۲، ۴۱/ص ۴۴۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۴، ۱۰/ص ۵۴۳؛ خویی، ۱۴۲۲، ۴۱/ص ۴۰۷)، حاکم می تواند مرتکب رفتار حرام را تعزیر کند که در نظام حقوقی در قالب جرم انگاری و تعیین مجازات نمایان می شود.

با وجود این، از آنجا که فقهاء معاصر از باب ضررهای فردی و اجتماعی حکم به حرمت مصرف مواد مخدر داده اند، این پرسش مطرح است که اگر مصرف مواد مخدر به صورت تفننی و غیراعتیادآور باشد<sup>۱</sup> آیا همچنان حرام خواهد بود؟

همچنین اگر مبنای جرم بودن مصرف مواد مخدر جلب «مصلحت» یا دفع «مفسده» فردی یا اجتماعی - دنیوی یا اخروی است (غزالی، ۱۴۱۷، ۱/ص ۴۱۶)، این پرسش مطرح می شود که اگر جرم انگاری اعتیاد موجب پنهان کاری و انکار اعتیاد توسط معتادین از ترس مجازات شدن و در نهایت پرهیز از درمان باشد و سلب وصف کیفری از آن موجب رفع نگرانی و گرایش به درمان معتادین گردد، مصلحت بزرگتر چه چیزی را اقتضاء می کند؟ و اگر راهکار دیگری در درمان معتاد و رفع این ضرر مؤثرتر از برخورد قضایی باشد، چه باید کرد؟

### ۳- دیدگاه های حقوقی در قبال اعتیاد

از دید نظام حقوقی سنتی اعتیاد جرم است، لکن یافته های جرم شناسی گرایش به تلقی اعتیاد به عنوان یک بیماری دارد. به گفته برخی محققین، به طور کلی، سیاستگذاری برای مقابله با اعتیاد، از سرکوب کیفری و عدم مدارا تا آزادی کامل، به همراه تدابیری بینابین در کشورهای مختلف آزمایش شده است (رحمدل، ۱۳۸۳، ص ۲۰۳) در مجموع می توان رویکرد قانونمندی سازی و جرم زدایی (مانند هلند، آلمان، اتریش، فنلاند و یونان) و جرم انگاری (ایران، فرانسه، ترکیه و بلژیک) را به عنوان رویکردهای غالب مطرح کرد. هر کدام از این رویکردها اشکالاتی دارد و انگاره نویسنده این است که انحراف تلقی کردن اعتیاد و بر شمردن آن به عنوان یکی از مصادیق «وضعیت مخاطره آمیز» تا حدودی می تواند زمینه برخورد با این پدیده و درمان معتادان و کاهش آسیب را فراهم کند.

### ۳-۱- رویکرد جرم انگاری اعتیاد

نخستین دیدگاه در این زمینه، رویکرد «جرم انگاری قانونی» اعتیاد در قوانین موضوعه است. رویکرد جرم انگاری اعتیاد در بسیاری از نظام های حقوقی عرفی هم پذیرفته شده است و حتی کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان مصوب ۱۹۹۸ در بند ۳ ماده ۳ نیز جرم انگاری مصرف غیرقانونی مواد مخدر را مورد توجه قرار داده است. تحلیل

۱. پرسش: «تریاک کشیدن به عنوان تفنن که منجر به اعتیاد نشود - یقین هم دارد که به اعتیاد نمی رسد - آیا جایز است؟» پاسخ: «بسمه تعالی، با خصوصیات ذکر شده؛ مانع ندارد، اگرچه احوط ترک است.» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ص ۷۵)؛ برخی فقها هم گفته اند: کشیدن تریاک، خواه تفریحی باشد یا غیر تفریحی، حرام است، مگر این که در حد ضرورت باشد. (<https://www.shia-news.com/۲۲۹۳۴۸>)

عرفی جرم انگاری اعتیاد گاه در پرتو اصول اخلاقی و گاه در پرتو اصل اضرار به غیر، یعنی پیامدهای جبران ناپذیر بهداشتی و عواقبی است که سوء مصرف مواد مخدر برای سلامتی فرد و جامعه دارد. از جنبه اخلاقی، آزاد بودن مواد مخدر بر تعداد معتادان می‌افزاید و کودکان را از حق زندگی در جامعه عاری از اعتیاد محروم می‌کند (فدراسیون جهانی علیه مواد مخدر، ۲۰۱۴، ص ۳۴)<sup>۲</sup> بر همین پایه نیز اعتیاد به آن در قوانین موضوعه عرفی ممنوع شده است.<sup>۳</sup>

افزون بر این، ترس و وحشت و احساس ناامنی تنها ناشی از جرایم خشونت آمیز نیست، بلکه ترس از مزاحمت افراد ناهنجار مانند متکدیان، میگساران و معتادان هم منبع مهمی برای هراس شهروندان و احساس ناامنی است (ویلسون و کلینگ<sup>۴</sup>، ۱۳۸۲، ص ۱۸۲).

اما طرفداران نظریه اضرار به غیر معتقدند به سختی می‌توان این سخن را پذیرفت که در جرم اعتیاد بزه‌دیده ای وجود نداشته باشد، زیرا علیرغم اینکه تعریف بزه‌دیده کسی است که مستقیماً از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شده است، لکن در بسیاری از موارد، بزه‌دیدگان دیگری هم وجود دارند. از نظر برخی محققان، بزه‌دیدگان مستقیم اعتیاد، در وهله نخست شخص معتاد و در درجه دوم خانواده او هستند. کشور در تمام ابعاد اقتصادی و فرهنگی و امنیتی خود و در محدودهای وسیعتر، بشریت و همه آرمان های عالی ش بزه‌دیده غیرمستقیم خواهند بود (توجهی، ۱۳۷۹، ص ۳۱۸).

برخی نیز جرم انگاری اعتیاد را بر مبنای نظریه «پدرسالاری حقوقی» تحلیل کرده اند. کسانی که آموزه های دینی و مذهبی را در جرم انگاری دخالت می دهند، ضمن تأیید مشروعیت اصل پدرسالاری حقوقی، بر پدرسالار بودن مبنای جرم انگاری جرایمی از قبیل سوء مصرف و اعتیاد به مواد مخدر صحه می گذارند. از دید ایشان انسان آزاد نیست که خود را بکشد، یا با استعمال موادی که می داند سمی و کشنده بوده و موجب مرگ تحقیرآمیز و تدریجی او می شود به آرامش زودگذر و ظاهری برسد. (آقابابایی و رضایی زادفر، ۱۳۹۳، ص ۱۴)

رویکرد جرم پنداری اعتیاد به مواد مخدر اقتضائاتی دارد از جمله اینکه اعتیاد یک «مقوله حقوقی» به شمار آمده و شخص معتاد از نظر قانونی مجرم به شمار می آید و باید مجازات شود.<sup>۵</sup> از این

۲. World Federation Against Drugs.

۳. به عنوان نمونه مصرف تریاک در بیشتر کشورهای اروپایی جرم انگاری شده و در فرانسه استعمال مواد مخدر یک سال حبس دارد. در ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۷۱ رئیس جمهور کرد. در واقع، مبارزه با شدید تمرکز داشتند.

۴. J. Q. Wilson and G. L. Kelling.

۵. از م. ۹، ۳۴

روی مقام عمومی ملزم به تعقیب کیفری و تشکیل پرونده برای مصرف کننده مواد مخدر و به جریان انداختن رسیدگی قضایی در دادگاه کیفری برابر مقررات آیین دادرسی کیفری است.

### ۳-۲- رویکرد بیماری پنداری اعتیاد

رویکردهای نوین در قبال مصرف مواد مخدر این است که خرید و فروش و مصرف مواد مخدر باید جرم زدایی شود، چرا که اعتیاد نوعی بیماری است و گفته می شود که با توجه به نتایج به دست آمده از مطالعات و تحقیقات، اعتیاد به طور کلی و آشکارا در اثر تغییرات ساختاری و کارکردی مغز ایجاد می شود. بنابراین، می توان گفت که اعتیاد بطور قطع و یقین یک بیماری است (اسماعیلی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱). برخی دیگر بر این باورند که معتاد بیمار است نه اعتیاد بیماری، چرا که فرد به خاطر ناراحتی هایی که دارد و برای تسکین آلام جسمی یا روحی خود و به تصور غلط مبنی بر اینکه استعمال مواد مخدر آلام وی را خواهد زدود و یا تصور اینکه مصرف مواد مخدر باعث ایجاد شادی و نشنگی در وی خواهد شد، دست به استعمال مواد مخدر می زند (رحمدل، ۱۳۸۳، ص ۱۶).

رویکرد بیماری پنداری اعتیاد - که مستلزم جرم زدایی از این رفتار است -، به ویژه در دیدگاه های لیبرال اهمیت دارد. لیبرالها با تمرکز بر حقوق و آزادی های فردی معتقدند انسان آزاد آفریده شده و باید آزادانه عمل کند و محدوده آزادی او بسیار وسیع و شامل جسم و جان و مال و متعلقات خود بوده و تنها خط قرمز آزادی او «اضرار به غیر» است. آنها همچنین به ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر استناد می کنند که: «زندگی خصوصی، امور شخصی و خانوادگی و ... نباید مورد مداخلات خودسرانه واقع شود». مقررات مربوط به جرایمی چون اعتیاد، تهدیدی جدی علیه خلوت افراد محسوب می شود. تعقیب و کشف جرایمی چون اعتیاد که در آن خسارتی به کسی وارد نمی شود و بزه دیده ای مخاطب جرم قرار نمی گیرد، موجب عملیاتی می شود که نقض حریم خصوصی افراد را به دنبال دارد (آقابابایی و رضایی زادفر، ۱۳۹۳، ص ۱۳).

از جنبه تطبیقی، پرتغال از نخستین کشورهایی است که از کلیه مواد مخدر جرم زدایی کرد و نتایج مثبتی نیز حاصل شد. اگر در این کشور کسی را با مواد مخدر دستگیر کنند، چنانچه آن مواد به اندازه مصرف شخصی فرد باشد، وی را به زندان نخواهند فرستاد. کشورهای بعدی اسپانیا و ایتالیا هستند (وستوگ<sup>۶</sup>، ۲۰۰۶، ص ۳۴). به موجب قانون اساسی ۲۰۰۸ اکوادور، مصرف مواد مخدر نه یک جرم که یک مشکل بهداشتی است. همچنین اروگوئه از جمله معدود کشورهایی است که هیچگاه

<sup>۶</sup>. B Vastag - Jama

مصرف شخصی مواد مخدر را جرم تلقی نکرده‌است. از سال ۱۹۷۴ قانون این کشور هیچ محدودیت یا سقف مشخصی برای تعیین جرم مواد مخدر در نظر نگرفته و تصمیم اینکه فرد مجرم مواد را برای مصرف خود می‌خواسته یا خیر را به عهده قاضی گذارده‌است. چنانچه قاضی تعیین کند که میزان مواد مخدر در اختیار فرد تنها برای مصارف شخصی خود او بوده، دیگر شخص را کیفر نمی‌کنند (آلسون<sup>۷</sup>، ۲۰۱۸، ص ۵۶). در انگلستان هم طی قرن نوزدهم هیچ کنترلی بر تولید، توزیع، فروش و نگهداری مواد مخدر وجود نداشت و به تبع آن اعتیاد به مواد مخدر نیز منعی نداشت (بریج و ادوارد<sup>۸</sup>، ۱۹۸۱، ص ۶۵) تا اوایل دهه ۱۹۶۹ مواد مخدر در بریتانیا مشکل مهمی به شمار نمی‌آمد و مصرف کنندگان مواد مخدر به عنوان بیمارانی تلقی می‌شدند که نیازمند مراقبت بودند (فورتسون<sup>۹</sup>، ۲۰۰۲، ص ۱۰)، ولی از اواخر دهه ۱۹۶۰ به بعد سیاست مواد مخدر انگلستان تحت تاثیر سیاست مواد مخدر آمریکا رنگ کیفری به خود گرفت. با این حال در بریتانیا در حال حاضر پزشکان مجاز می‌توانند برای معتادان مواد مخدر مورد نیاز را تجویز کنند (استیون<sup>۱۰</sup>، ۱۹۹۴، ص ۱۵).

صرف نظر از اختلاف در تعبیر، رویکرد بیماری‌پنداری اعتیاد دارای دو گرایش حداقلی و حداکثری است. در گرایش حداکثری مبتنی بر رهاسازی، اساساً مصرف مواد مخدر باید «آزاد و قانونمند» شناخته شده و دولت یا نهادهای رسمی نباید هیچگونه مداخله‌ای در این زمینه انجام دهند و معتاد باید اجازه دسترسی آزادانه به مواد مخدر را - همانند سایر مواد مصرفی - داشته باشد.

دلایل اصلی طرفداران رهاسازی مواد مخدر یکی شکست سیاست جنگ علیه مواد مخدر، دیگری عدم امکان کنترل کیفی مواد در صورت قانونی نبودن، تضرر دولت به جهت عدم امکان اخذ مالیات از خرید و فروش مواد مخدر، حق انتخاب شیوه زندگی فردی و نهایتاً افزایش جرایم دیگر است. اما در گرایش حداقلی مبتنی بر «کنترل و درمان»، اعتیاد یک پدیده ناروا است که باید با آن مقابله شود، لکن این پدیده باید به عنوان یک مقوله «پزشکی» شناسایی شده و اقدامات پیشگیری - درمانی انجام پذیرد.<sup>۱۱</sup>

به باور برخی مقررات قانونی مرتبط به اعتیاد در ایران از بدو قانونگزاری همگی دلالت بر پذیرش اعتیاد به عنوان بیماری دارند، چرا که قانونگذار در ماده ۱۶ قانون مبارزه با مواد مخدر برای بیماری

<sup>۷</sup>. Dale A. Olsen

<sup>۸</sup>. Berridge and Edwards

<sup>۹</sup>. Fortson

<sup>۱۰</sup>. Stevenson

<sup>۱۱</sup>. در ترکیه پزشکان و داروسازان منع شده‌اند. در سوریه نیز به موجب مواد ۱۵ تا ۲۷ قانون مواد مخدر مصوب ۱۹۹۳ میلادی پزشکان، دندانپزشکان و دامپزشکان تحت شرایطی می‌توانند مواد مخدر تجویز نمایند و داروخانه‌ها نیز با نسخه صادره از سوی آنها می‌توانند مواد مخدر درخواستی را در اختیار افراد قرار دهند (قوه قضائیه، ۱۳۷۹، ۹۶/۳ و ۱۳۸)

که از درمان بیماری خود امتناع ورزد مجازات نقدی و شلاق تعیین می کند (رحمدل، ۱۳۸۳، ص ۱۹). از این منظر نیز مسأله اعتیاد نباید یک موضوع حقوقی شناخته شده و فرایند کیفری در قبال آن آغاز شود، بلکه باید راهکارهای حمایتی و مداخلات دارویی - درمانی جهت ترک اعتیاد صورت گیرد.

#### ۴- رویکرد انحراف پنداری اعتیاد

هر چند گفتمان علمی و مباحثات نظری پیرامون اعتیاد عمدتاً ناظر به دو دیدگاه جرم پنداری و بیماری پنداری است، با وجود این، کنکاش در مقررات حقوقی ایران نشان می دهد که قانونگذار ایران نگرش «انحراف پنداری» در قبال اعتیاد دارد.

تحلیل این رویکرد نیازمند دانستن این مطلب است که رفتارهای ضد اجتماعی و ناهنجاری ها از حیث جایگاه حقوقی و واکنش اجتماعی، به دو دسته «جرم» و «انحراف» تقسیم می شوند.<sup>۱۲</sup> اصطلاح جرم<sup>۱۳</sup>، ناظر به رفتاری است که هنجارهای رسمی و مکتوب جامعه (قانون)، آن را منع کرده است و ارتکاب آن، این نوع هنجار را نقض می کند.<sup>۱۴</sup>

اما انحراف<sup>۱۵</sup> که گاه در ادبیات جامعه شناسی از آن با عنوان «کجروی»<sup>۱۶</sup> یاد می شود، ناظر به رفتارهایی است که نوعی فاصله گرفتن از هنجارهای جامعه است، لکن واکنش علیه آن بیشتر اجتماعی است و واکنش رسمی اداری در قالب مجازات به دنبال ندارد و تنها گاه می تواند مشمول اقدامات تأمینی و تربیتی قرار گیرد. به بیان دیگر ما با دو گونه هنجارها روبرو هستیم: «هنجارهای قانونی» و «هنجارهای اجتماعی» و رفتارهای هنجارشکنانه دارای قبح اجتماعی که از دید قانونگذار ضرورتی به تعیین ضمانت اجرا برای آن نبوده، انحراف نامیده می شود. به این ترتیب رفتارهایی مانند الکلیسم، اعتیاد، ولگردی، روسپیگری و خودکشی انحراف محسوب می شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۱).

<sup>۱۲</sup> . در ادبیات حقوقی فارسی اصطلاح جرم و بزه هم معنا بکار می رود لکن در معادل لاتین این واژه ها، مراد از واژه بزه ( Delinquency ) عمدتاً ناظر به رفتارهای خلاف قانون از سوی افرادی است که به سن رشد قانونی نرسیده اند و به همین سبب جامعه سوء نیتی در رفتار آنان مشاهده نمی کند و این دسته از قانون شکنان را همانند افراد بزرگسال قابل تعقیب کیفری نمی داند. (سلیمی و داوری، ۱۳۸۰، ۲۲۹)

<sup>۱۳</sup> . Crime

<sup>۱۴</sup> . در تعریف حقوقی برابر ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون تعیین شده باشد، جرم محسوب می شود. بنابراین، داشتن واکنش رسمی در قالب مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی مشخصه جرم است.

<sup>۱۵</sup> . Deviance

<sup>۱۶</sup> . آلبرت کوهن، کجروی را به معنای رفتار شکننده هنجار (Behavior that Violates Norms) دانسته است (سلیمی و داوری، ۱۳۸۰، ۲۲۳)

با وجود این، کجروی و انحراف مفهومی است که هم در جرم‌شناسی و هم در جامعه‌شناسی مورد بحث است لکن به گفته جامعه‌شناسان، موضع آنها با موضع یک جرم‌شناس یا حقوقدان متفاوت است؛ جامعه‌شناس تنها به نقض قوانین توجه ندارد، بلکه هر نوع هنجارشکنی می‌تواند موضوع جامعه‌شناسی انحرافات باشد. بنابراین کجرفتاری از دیدگاه جامعه‌شناسی شامل هر رفتار غیرمعمول می‌شود و حتی بیماری روانی را نیز در بر می‌گیرد (ممتاز، ۱۳۸۱، ص ۹). هر چند مطالعات جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی در مورد بعضی مصادیق رفتاری تفاوت دارد لکن مقوله اعتیاد به مواد مخدر در هر دو گونه مطالعات به عنوان انحراف شناخته شده است.

تفاوت این نگرش با دو دیدگاه دیگر این است که جرم‌انگاری اعتیاد مستلزم تعقیب کیفری جرمی است که در آن خسارتی به کسی وارد نمی‌شود و بزه‌دیده‌ای مخاطب جرم قرار نمی‌گیرد. این امر موجب عملیاتی می‌شود که نقض حریم خصوصی افراد را به دنبال دارد و در نتیجه کنترل رفت و آمدها و استفاده از تجهیزات مخابراتی جهت نظارت و استراق سمع شهروندان و اموری از این قبیل باعث ایجاد فضای امنیتی و پلیسی در جامعه خواهد شد.

از سوی دیگر بیماری‌پنداری اعتیاد مستلزم جرم‌زدایی از این رفتار و تبدیل یک مسأله حقوقی به یک مسأله اجتماعی و تمرکز بر آن به عنوان یک آسیب اجتماعی صرف است که برداشتن ضمانت‌اجراهای کیفری به نوبه خود موجب افزایش استفاده از مواد مخدر خواهد شد.

اما نگرش به اعتیاد به عنوان یک انحراف، مستلزم احتساب آن به عنوان مصداقی از «وضعیت مخاطره‌آمیز» است که امکان مداخلات پیشگیرانه برای ختشی‌سازی وضعیت مخاطره‌آمیز را فراهم می‌آورد. جدیدترین تحول تقنینی در این زمینه ناظر به ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳ است که به موجب آن، موارد زیر در صورتی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، وضعیت مخاطره‌آمیز محسوب شده و موجب مداخله و حمایت قانونی از طفل و نوجوان می‌شود: ... ت) ابتلاء هر یک از والدین، اولیاء یا سرپرستان قانونی به اعتیادهای زیان‌آور نظیر مواد مخدر و روانگردان یا قمار...». هر چند قانون مورد بحث ناظر به اطفال و نوجوانان است، لکن اقدامات مداخله‌ای در قالب مداخله فوری برای کاهش آسیب ناشی از اعتیاد والدین بر کودکان (بند الف ماده ۵ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان)، دور ننگ داشتن فرزندان از والدین معتاد پرخطر و معرفی آنان به بهزیستی (بند پ ماده ۵ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان)، معرفی خانواده و والدین معتاد به سازمان‌ها و نهادهای دولتی و غیردولتی فعال در زمینه اقدامات

حمایتی (بند الف ماده ۴۲ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان) و الزام والدین به شرکت و اخذ گواهی دوره های آموزشی (ماده ۴۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان) و ... ناظر به والدین معتاد است که نشان دهنده نگرش انحراف پندارانه به اعتیاد است، چون در غیر این صورت امکان مداخله در حریم خصوصی افرادی که مرتکب جرم نشده اند وجود نخواهد داشت.

بر پایه آنچه گفته شد، از دید نگارنده - علی رغم اشارات ظاهری قانونگذار به واژه جرم در باب مصرف مواد مخدر -، در حال حاضر نگرش نظام حقوقی ایران به پدیده اعتیاد، نگرش « انحراف پنداری » است. دلایل این ادعا چند چیز است:

ماده ۱۵ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷/۰۸/۰۳ که صراحتاً اعتیاد را جرم دانسته بود در تاریخ ۱۳۸۹/۰۵/۰۹ اصلاح شد و هم اکنون خود اعتیاد جرم نیست بلکه در ذیل این ماده «عدم ترک اعتیاد» مورد توجه قرار گرفته و معتادانی که مبادرت به درمان یا ترک اعتیاد نمایند، مجرم به شمار می آیند.

به بیان دیگر سیاست اولیه مقنن در مورد معتاد متأثر از بندهای ۶ و ۷ سیاست های کلی مبارزه با مواد مخدر مبتنی بر سیاست غیر کیفری (درمان و بازپروری) است. چنانچه شخص معتاد به تکلیف مقرره مبنی بر ارائه گواهی درمان و ترک اعتیاد عمل نکند، سیاست کیفری جایگزین می گردد (اکبری، ۱۳۹۳، ص ۱۹).

آنچه در پنجمین محور از سیاست های کلی مبارزه با مواد مخدر ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری در مهرماه ۱۳۸۵ در خصوص ضرورت جرم انگاری مصرف مواد مخدر و روانگردان و پیش سازهای آنها آمده، ناظر به «مصرف مواد مخدر» است و نه «اعتیاد» و روشن است که این دو با یکدیگر تفاوت دارند؛ در مورد مصرف، بُعد «رفتاری» متهم - با صبغه‌ی دفعی همانند عمل شرب خمر - مورد توجه است ولی در مورد اعتیاد، بُعد «حالتی» ناشی از وابستگی جسمی و روحی - با صبغه‌ی تدریج و تکرر - مد نظر است. آنچه هم در بند ۵ ماده ۱۵ قانون مبارزه با مواد مخدر (اصلاحی ۱۳۸۹/۰۵/۰۹ و ۱۳۹۶/۰۷/۲۶) جرم انگاری شده، ناظر به استعمال مواد مخدر یا روان گردان های صنعتی غیر دارویی است و نه حالت اعتیاد. افزون بر این، مجازات های مقرر در ماده ۱۹ این قانون نیز صراحتاً برای «افراد غیرمعتادی» است که مواد مخدر یا روان گردان صنعتی استعمال نمایند.

از سوی دیگر نمی توان گفت جایگاه اعتیاد در نظام حقوقی ایران، بیماری صرف است، چرا که بیماری پنداری یک پدیده، اقتضائاتی دارد که نظام حقوقی ایران به این اقتضائات پایبند نبوده است. از جمله اینکه بیماری، یک مقوله صرفاً پزشکی است و موضوع حقوق یا جامعه شناسی قرار نمی

گیرد. مهمتر اینکه در مقوله بیماری، «معالجه اجباری» جایگاهی ندارد و تنها خود بیمار یا سرپرستان او هستند که اجازه مداخلات پزشکی - دارویی را به پزشک یا بیمارستان می دهند و رضایت آنها در انجام رفتارهای طبی شرط است، در حالیکه مقنن اعتیاد را پدیده لازم الاجتناب دانسته و معتاد قانوناً ملزم به ترک اعتیاد است و در صورت عدم اقدام خود وی برای درمان، و ترک آن، ضمانت اجراهای قانونی علیه او به کار گرفته می شود و نهادهای قانونی مسئول اقدام به نگهداری او در مراکز ترک اعتیاد می کنند.<sup>۱۷</sup>

افزون بر این واکنش های فراگیری مانند اخراج و انفصال در برابر اعتیاد به مواد مخدر، حق تقاضای طلاق برای زن در برابر اعتیاد شوهر، از دست دادن حق حضانت و سرپرستی طفل و مانند آن نشان دهنده انحراف پنداری اعتیاد در نظام حقوقی ایران است.

نگرش انحراف پنداری اعتیاد مقتضی پرهیز از رویکردهای کیفری در قالب مجازات و چرخش به سوی رویکردهای حمایتی - درمانی برای بازگرداندن منحرف به حالت سازگاری با هنجارهای جامعه است و مفاد تبصره های ماده ۱۵ و ماده ۱۶ قانون مبارزه با مواد مخدر نشان می دهد که راهبرد درمان و بازتوان سازی معتادان در نظام بهداشت عمومی و با رویکردهای مربوط به سلامت عمومی مانند مداخله مراکز سلامت انجام می گیرد.

به باور بسیاری (مؤذن زادگان، ۳۹۷، ۵۰) اتخاذ یک راهبرد درست علیه مواد مخدر مستلزم آن است که از یک سو مسئله اعتیاد به مواد مخدر به عنوان یک بیماری (انحراف) شناخته شده که قابلیت پیشگیری و درمان را دارد و از سوی دیگر مقابله با مسئله اعتیاد به عنوان گزینشی بین «جنگ علیه مواد مخدر»<sup>۱۸</sup> و «قانونمند سازی مواد مخدر»<sup>۱۹</sup> نبوده، بلکه ترکیبی است از رویکردی مؤثر با لحاظ هزینه های انجام شده و مبتنی بر پژوهش باشد.

## ۵- نتیجه

بنا بر آنچه گفته شد در نظام حقوقی ایران، اعتیاد در واقع، انحراف از هنجارهای جامعه است و اطلاق واژه بیماری بر اعتیاد در گفتمان های علمی و عرفی، به جهت تأکید بر جنبه سلبی «جرم نبودن» آن است، نه جنبه ایجابی، و چه بسا این کاربرد ناشی از انس بیشتر ذهنیت عرفی با واژه

<sup>۱۷</sup>. برابر ماده ۱۶ قانون مبارزه با مواد مخدر «معتادان به مواد مخدر و روان گردان مذکور در دو ماده (۴) و (۸) فاقد گواهی موضوع ماده (۱۵) و متجاهر به اعتیاد، با دستور مقام قضایی برای مدت یک تا سه ماه در مراکز دولتی و مجاز درمان و کاهش آسیب نگهداری می شوند ...»

<sup>۱۸</sup>. War on Drugs

<sup>۱۹</sup>. Legalization

بیماری و تخصصی بودن انحراف است و کسانی که واژه بیمار را برای معتاد بکار می‌برند، مرادشان همان مفهوم اصطلاحی انحراف است. این رویکرد مستلزم پرهیز از اتخاذ واکنش کیفری صرف علیه معتاد، و نیز پرهیز از نگاه پزشکی صرف به اعتیاد است که نتیجه آن ضرورت اقدامات تأمینی - درمانی با نگرش سه‌گانه حقوقی - پزشکی و جامعه‌شناختی است.

چنین نگرشی به اعتیاد، از یک سو مانع رهاسازی و خودسپاری معتادین در راستای پرهیز از «درمان اجباری» بیماران است و از سوی دیگر اقتضائات تعقیب کیفری و مجازات معتاد که نتیجه آن پنهان کاری و انکار اعتیاد و فرار از درمان است را ندارد و با کاهش و رفع نگرانی معتادین از معرفی و پذیرش اعتیاد، زمینه شروع درمان معتادان را فراهم می‌آورد.

افزون بر این، اعتیاد به عنوان یکی از مصادیق «وضعیت مخاطره آمیز»، امکان مداخله فوری برای خنثی سازی خطر و کاهش آسیب اعتیاد برای دیگران - به ویژه کودکان - را فراهم می‌سازد.

## منابع

- ۶- منابع فارسی
- اسعدی، حسن، دو مشکل مهم جهانی در آستانه قرن بیستم، چاپ اول، تهران، انتشارات سپهر، ۱۳۷۷.
- اسماعیلی، نادعلی، وابستگی و عوارض اعتیاد به مواد مخدر، ساری، انتشارات اداره فرهنگ و ارشاد اسلامی مازندران، ۱۳۸۱.
- الإصفهانی، محمد بن الحسن، كشف اللثام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، جلد ۱۰، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۲ق.
- آقابابایی، اسماعیل، «دیدگاه شرع و قانون در برخورد با جرایم مرتبط با مواد مخدر»، رواق اندیشه، شماره ۱۳۸۴، ۴۳.
- آقابابایی، حسین و رضایی زادفر، بهناز، «جرم انگاری اعتیاد به مواد مخدر در پرتو اصل پدرسالاری حقوقی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۱، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۳.
- اکبری، عباسعلی، «بررسی و نقد سیاست جنایی حاکم بر جرایم مواد مخدر در ایران با تأکید بر اصلاحیه سال ۱۳۸۹ قانون مبارزه با مواد مخدر»، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۳.
- توجیحی، عبدالعلی، «کاربرد یافته های بزه دیده شناسی در روند مبارزه با اعتیاد»، همایش بین المللی علمی- کاربردی جنبه های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۷۹.
- جوادی، غلامرضا، مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، تهران، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۸۹.
- حسینی، سید احمدرضا، نگاهی اجمالی به دلایل حرمت استعمال مواد مخدر، مجله رواق اندیشه، شماره ۳، ۱۳۸۰.
- حسینی خامنه ای، سید علی، آجوبه الاستفتائات، چاپ نهم، تهران، انتشارات پیام عدالت، ۱۳۸۹.
- الحلی، ابوزکریا یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام)، ۱۳۹۴.
- الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه، جلد ۲، چاپ اول، مشهد، مؤسسه آل البيت(ع)، بی تا.
- الحلی، فخرالدین ابوعبدالله محمد بن احمد بن ادریس عجلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۰ق.
- حیدری، علی مراد، سیاست کیفری مخدری ایران و افغانستان، قم، انتشارات الحان، ۱۴۰۱.
- خامنه‌ای، سیدعلی، آجوبه الاستفتاءات، چاپ دوم، بیروت، دارالوسله، ۱۳۸۷.
- خوبی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۱ (۴۱ موسوعه)، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخویی، ۱۴۲۲ق.
- خوبی، ابوالقاسم، التنقیح، ج ۱۳، (تقریرات میرزا علی غروی تبریزی، ۴۳ جلدی)، چاپ دوم، قم، دارالهادی، ۱۴۱۰ق.
- رحمدل، منصور، «حقوق بشر و معنادان»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۱۳، ۱۳۸۳.
- رحمدل، منصور، «اعتیاد و سوء مصرف مواد مخدر در ایران؛ جرم زدایی یا جرم انگاری»، نشریه رفاه اجتماعی، شماره ۹، ۱۳۸۲.
- سلیمی، علی و داوری، محمد، جامعه شناسی کجروی، چاپ اول، قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰.
- سیوری حلی، جمال الدین مقداد، ضد القواعد الفقهیة، تحقیق عبداللطیف کوهکمری، قم، مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۳ق.
- الصدر، السید محمد باقر، دروس فی علم الأصول، جلد ۱، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ق.

- الطرابلسی، عبد العزیز بن البراج، المهذب، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ق.
- الطوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، دارالکتاب العربی، بیروت، ۱۴۰۰ق.
- الطیار، عبدالله، مواد مخدر در فقه اسلام، ترجمه محمدیوسف حسین پور، چاپ دوم، تربت جام، انتشارات شیخ الاسلام احمد جام (مکتبه البشری)، ۱۳۸۲.
- غزالی، محمد، المستصفی من علم الاصول، جلد ۱، چاپ اول، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۷ق.
- معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، مجموعه مقالات همایش بین المللی علمی - کاربردی جنبه های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر؛ سخنرانی داخلی، جلد ۲، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۷۹.
- المفید، محمد بن محمد، المقنعه، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمه الله علیه، ۱۴۱۳ق.
- ممتاز، فریده، انحرافات اجتماعی: نظریه ها و دیدگاهها، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- مؤذن زادگان، حسنعلی و فرجی، محمد، «مطالعه تطبیقی سیاست جنایی ایران و آمریکا در برابر مواد مخدر»، آموزه های حقوق کیفری، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.
- موسوی خمینی، سید روح الله، استفتائات امام خمینی (س)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۹۲.
- نجفی، محمدحسن بن باقر بن عبدالرحیم، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۴۱، چاپ هفتم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۳۲ق.
- نجفی ابرنآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم شناسی، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳.
- النوری الطبرسی، الشیخ حسین، مستدرک الوسائل، جلد ۱۷، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
- ویلسون، جیمز و کلینگ، جورج، «پنجره های شکسته»، ترجمه محمد صادری توحیدخانه، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، ۱۳۸۲.

## ۶-۲- منابع لاتین

- Berridge, V. and Edwards, G., opium and the people: Opiate use in nineteenth century, London: Allen Lane, (۱۹۸۱).
- Brian, Vastag, [Portugal's Drug Decriminalization Policy Shows Positive Results](https://www.scientificamerican.com/article/portugal-drug-decriminalization-policy-shows-positive-results/), scientificamerican.com, (۲۰۰۶).
- Central America and the Caribbean, *Drug Law Reform in Latin America*, Published in 'South America', London: Routledge, (۲۰۱۸).
- Fortson, Rudi, Misuse of Drugs and Drug Trafficking Offences, London: Sweet & Maxwell, (۲۰۰۲).
- Stevenson, Richard, Winning the war on drugs: To Legalize or Not ? , Bournemouth, Dorset, Britain: Bourne Press, (۱۹۹۴).
- Wilson, J, Against the Legalization of Drugs, NarcOfficer Volume ۶, Issue ۵, (۱۹۹۰).
- World Federation Against Drugs, [Statement of the Congress of World Federation Against Drugs: http://oldsite.wfad.se/papers/](http://oldsite.wfad.se/papers/), (۲۰۱۴)
- Dale A. Olsen, Report of the International Narcotics Control Board - Central America and the Caribbean, incb.org, (۲۰۱۸)







# حل تعارض بین اصل و ظاهر در بونهی قاعده پذیرى

سید علی جبار گلپایگانی ماسوله  
استادیار گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

# ۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۱۲.۰۸ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۴.۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۶.۱۶

## چکیده

اصل و ظاهر، در شمار پدیده‌های فقهی حقوقی هستند که در دادرسی‌ها، چه در مرحله‌ی تعیین هر یک از مدعی و مدعی علیه و چه در مرحله‌ی انشاء و صدور حکم، معیار و مستمسک است. این دو پدیده، گاه، هماهنگ با یکدیگر هستند و گاه، در تقابل و تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند. اینکه به هنگام بروز تعارض بین اصل و ظاهر، کدامیک بر دیگری تقدم دارد و قاعده‌ی کلی برای حل تعارض مذکور چیست، خود، محل سخن و مورد نقض و ابرام بین دانشیان فقه و حقوق شیعه است؛ از این رو، نوشتار حاضر، در راستای تبیین و نیل به این مهم، در پی استقراء موارد مذکور تعارض بین اصل و ظاهر در نوشته‌های فقهی فقیهان شیعه و بیان صور تعارض و فروض قابل طرح آن در ادبیات فقه و حقوق شیعه، به بررسی نمونه‌هایی چند از تعارض بین اصل و ظاهر، روی می‌نهد، تا در نتیجه‌ی آن، استواری فرضیه‌ی قاعده پذیرى تعارض بین اصل و ظاهر را نمایان سازد.

واژگان کلیدی: اصل، ظاهر، تعارض، تعارض بین اصل و ظاهر.

## Resolving the conflict between principle and appearance in the plant of regularity

### Abstract

The essence and the appearance are among the jurisprudential phenomena that are the standard and absolute in the proceedings, both at the stage of determining each of the claimant and the defendant, and at the stage of drafting and issuing the verdict. These two phenomena are sometimes in harmony with each other and sometimes they are in conflict with each other. When there is a conflict between the principle and the appearance, which one takes precedence over the other, and what is the general rule to resolve the aforementioned conflict, is itself the point of contention and violation between the scholars of Shia jurisprudence and law; Therefore, the present article, in line with explaining and achieving this goal, after extrapolating the mentioned cases of conflict between the principle and the appearance in the jurisprudential writings of Shia jurists and expressing the forms of the conflict and its possible assumptions in the literature of Shia jurisprudence and law. Examining several examples of the conflict between the essence and the appearance, so as to show the stability of the hypothesis of regularity of the conflict between the essence and the appearance.

**Key words:** principle, appearance, conflict, conflict between principle and appearance.

## مقدمه

به گواهی ادبیات فقه شیعه، نوعاً، فقیهان شیعه، در نوشته‌های فقهی خود، به تناسب بحث و یا در پایان برخی از ابواب فقهی، از مسائل تنازع، سخن می‌رانند (برای نمونه: شهید ثانی، ۱۴۲۰، ۱۴۲/۲، ۱۴۵، ۱۵۰، ۱۷۸، ۱۸۴، ۲۰۴، ۲۱۳، ۲۲۱، ۲۲۱/۳؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۲۷/۳، ۲۵۶، ۳۶/۴، ۵۶، ۶۸، ۱۰۸، ۱۴۵، ۱۶۶، ۱۸۳، ۲۰۵، ۲۱۷، ۲۵۲، ۲۸۹، ۲۱/۵، ۲۸۲، ۲۹۸، ۳۱۷، ۴۷/۶) و برای حل برخی از موارد تنازع، به دو پدیده‌ی فقهی ظاهر و اصل، تمسک می‌جویند که گاه، امکان تمسک به هر دوی اصل و ظاهر، به تعارض بین اصل و ظاهر می‌انجامد. این واقعیت، خود، در گذر زمان، مبحث جدیدی به نام تعارض بین اصل و ظاهر، در ادبیات فقه، آفریده است.

اینکه در صورت تعارض میان اصل و ظاهر، کدامیک بر دیگری تقدم دارد، در نگاه نخست، تورق نوشته‌های فقهی و بررسی ادبیات مکتوب فقه شیعه، از وجود بخشی مستقل و مخصوص به این مبحث، در متون فقهی و نیز وجود قاعده‌ای مورد اتفاق بین دانشیان فقه و حقوق شیعه، گزارش نمی‌دهد؛ چه اینکه فقیهان شیعه، در موارد بروز تعارض بین اصل و ظاهر، گاه، جملگی، به تقدم اصل بر ظاهر گرویده‌اند؛ دیگرگاه، در تقدم ظاهر بر اصل اتفاق کرده‌اند و سه دیگرگاه، تقدم هر یک از اصل یا ظاهر بر دیگری، محل اختلاف بین ایشان است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۱).

به نظر می‌رسد فقدان بیان قاعده‌ای مورد اتفاق برای حل تعارض بین اصل و ظاهر، در ادبیات مکتوب فقه شیعه، از تقسیم بندی دلایل، به دو گونه‌ی دلیل قطعی و دلیل ظنی، نشأت می‌گیرد؛ به دیگر سخن، این، مخالفت و عدم پایبندی به قاعده‌ی کلی تقدم دلیل یقینی بر دلیل ظنی و دلیل ظنی بر دلیل مشکوک است که سبب می‌شود گاه، ظاهر بر اصل و دیگرگاه، اصل بر ظاهر، ترجیح یابد و در نتیجه، اتفاق بر ایجاد قاعده‌ای کلی در باب حل تعارض میان اصل و ظاهر، سلب شود.

التفات و توجه به مطالب فوق، این پرسش را فرا روی قرار می‌دهد که آیا می‌توان از طریق استقراء مصادیق تعارض بین اصل و ظاهر، به حکمی کلی دست یافت که بر همه‌ی موارد استقراء شده، قابل انطباق و همپوشی داشته باشد و در نتیجه، از آن، قاعده‌ای کلی برای حل تعارض میان اصل و ظاهر را اصطیاد و ایجاد کرد؟ این سخن، پرسش پژوهشی نظری را سامان می‌دهد که با روی نهادن به منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی، با استقراء موارد بیان شده‌ی تعارض بین اصل و ظاهر در ادبیات مکتوب فقه شیعه می‌کوشد تا به پاسخ آن در نوشته‌های فقهی فقیهان شیعه، نایل آید و نوشتار پیش رو نیز به گزارش آن، اهتمام دارد.

از آنجا که بیان و بررسی همه‌ی موارد تعارض بین اصل و ظاهر، از گنجایش نوشتار حاضر، بیرون است، چاره و گریزی از این نیست که تنها به بررسی موارد و نمونه‌هایی چند بسنده شود که خود، مصادیقی بارز از نوع موارد استقراء تعارض بین اصل و ظاهر هستند. اندک درنگ در این نمونه‌ها، امکان سخن از دست‌یابی به قاعده‌ای تعمیم‌پذیر را برای همه‌ی موارد تعارض بین اصل و ظاهر فراهم می‌آورد و وجوه لازم را برای اثبات و پذیرش فرضیه پژوهش، فرا روی می‌نهد.

## ۲- مفهوم شناسی

### ۲-۱- اصل

واژه‌ی اصل، در لغت به معنای اساس، پایه، پی، ریشه و چیزی است که اشیای دیگر، بر آن، بنا می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۶، ۱۵۵/۱؛ فیومی، ۱۹۲۸، ۲۱/۱؛ فیروز آبادی، ۱۳۷۰، ۳۳۸/۳؛ طریحی، ۱۳۶۷، ۷۹/۱).

بررسی نوشته‌های فقهی و اصولی نشان می‌دهد واژه‌ی اصل، برای معانی چندی مصطلح است؛ گاه به معنای دلیل، دیگرگاه، به معنای قاعده‌ی کلی شرعی یا عرفی، سه دیگر، به معنای اصل عملی و لفظی و ... استعمال می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۵۹۷/۲؛ ملکی، ۱۳۷۹، ۱۱۵/۲؛ ولایی، ۱۳۷۴، ۹۷).

استقراء موارد تعارض بین اصل و ظاهر، نشان می‌دهد که در محل بحث، مقصود از اصل، هر آن دلیل و دستاویز دارای اعتبار شرعی است که به هنگام فقدان علم و ظن معتبر، برای نفی یا اثبات امری، به آن، روی آورده می‌شود و مستمسک قرار می‌گیرد که البته، نمود آن در اصول عملی، به ویژه اصل عدم، بارزتر است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۵۹۷/۲).

### ۲-۲- ظاهر

ظاهر، از ریشه‌ی ظَهَرَ یظْهَرُ ظهوراً، در لغت، به معنای پیدا و آشکار، برابر پنهان، استعمال می‌شود (طریحی، ۱۳۶۷، ۹۸-۹۹/۲؛ فیومی، ۱۹۲۸، ۵۲۸/۲؛ فیروز آبادی، ۱۳۷۰، ۸۴/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۶، ۲۷۶/۸).

به گواهی ادبیات مکتوب فقه و اصول، واژه‌ی ظاهر، در دانش‌های فقه و اصول، دارای کاربردهای متعددی است که از آن جمله است: ظواهر الفاظ و ادله‌ی شرعی، اماره، علامت و نشانه برای چیزی، قرائن حالیه یا مقالیه حسب مقامات، دلیل و اماره‌ی ظن آور مورد تأیید شارع، امری ظن آور که نوعاً، از عرف و عادت، شیوع و غلبه، اوضاع و احوال و قرائن حاصل می‌شود و تا زمانی دارای

اعتبار است که خلاف آن، ثابت نشده است و به آن، ظهور عرفی غیر مستند به دلیل شرعی یا ظاهر حال نیز می‌گویند ( شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۱-۳۰۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۵۹۷/۲؛ آشتیانی، ۱۴۰۴، ۳۳۳؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۲۲۶/۲).

درنگ در مصادیق تعارض بین اصل و ظاهر، این واقعیت را آشکار می‌سازد که در محل بحث، مراد از ظاهر، امور ظن آور مستند به عرف و عادت، شیوع و غلبه، اوضاع و احوال و قرائن است که دلیل قطعی و معتبری در کنار آن و با آن، همراهی نمی‌کند.

### ۳-۲- تعارض

تعارض، ناسازگاری میان دو دلیل به صورت تضاد و تناقض است که عمل به هر دوی آن‌ها را در سطح واحد، امکان ناپذیر می‌سازد و در نهایت، یکی از آن دو دلیل، بر دیگری، مقدم و یا هر دوی آن‌ها، کنار گذاشته می‌شوند ( اسلامی، ۱۳۸۷، ۳۹۳/۱)؛ چه اینکه ثبوت توأمان مدلول هر دو دلیل متعارض، در عالم واقع، متنفی است ( صدر، ۱۴۱۸، ۴۵۳/۱).

مشهور دانشیان اصول، تعارض را به تنافی مدلول دو دلیل به نحو تناقض و تضاد تعریف می‌کنند ( انصاری، ۱۴۲۸، ۱۱/۴؛ خوبی، ۱۴۱۷، ۳۴۶/۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ۱۳/۷).

تنافی سامان دهنده‌ی تعارض بین دو دلیل متعارض، گاه، ذاتی و حقیقی و گاه، عارضی است ( آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۴۳۷) که در صورت اخیر، تنافی، به سبب علمی اجمالی خارج از مدلول دو دلیل متعارض است. به اینکه ثبوت مفاد و مدلول هر دو دلیل، با همدیگر، ممکن نیست و با وجود این علم اجمالی، هریک از دو دلیل، با دلالت التزامی خود، نافی دلیل دیگر و تکذیب‌کننده‌ی آن است ( خوبی، ۱۴۱۷، ۳۴۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۲۹/۶-۱۳۰؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۴۰۷/۴). بین تعارضی که تنافی در آن، ذاتی است و تعارضی که تنافی در آن، عارضی است، از حیث احکام تعارض، تفاوتی وجود ندارد ( اسلامی، ۱۳۸۷، ۴۴۴/۳-۴۴۵).

بررسی ادبیات مکتوب اصول فقه شیعه، نشان می‌دهد: در تمامی تعاریف بیان شده برای تعارض، تنافی، از ارکان سازنده‌ی تعارض دو دلیل متعارض است و این تنافی، از دو گونه‌ی تناقض و تضاد، خارج نیست ( سبحانی، ۱۴۱۴، ۴۰۷/۴).

تعارض میان دو دلیل لفظی، به دو گونه‌ی مستقر و غیر مستقر، تقسیم می‌شود؛ هرگاه تنافی میان دو دلیل لفظی متعارض، با تعدیل و تأویل دلالت یکی از دو دلیل لفظی، قابل علاج و رفع است؛ بدین شیوه که دلالت یکی، با دلالت دیگری هماهنگ و منسجم گردد، به آن، تعارض غیر مستقر

گویند؛ و اگر تنافی بین دو دلیل متعارض، به شیوه‌ی مذکور، قابل علاج نیست و امکان حل و رفع ندارد، آن را تعارض مستقر خوانند (صدر، ۱۴۱۸، ۵۴۲/۲).

### ۳- گمانه‌های حل تعارض بین اصل و ظاهر

بسی روشن است، هنگامی تعارض بین اصل و ظاهر روی می‌دهد که آدمی با امکان تمسک به هر دوی آن‌ها، در چگونگی عمل و جمع بین آن دو، به سرگردانی، دچار آید.

#### ۳-۱- گمانه‌ی تقدم اصل بر ظاهر

شاید، رویارویی با این رفتار دانشیان فقه شیعه که در مواردی فراوان، برای حل و رفع تعارض بین اصل و ظاهر، نوعاً، اصل را بر ظاهر، مقدم داشته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۳-۳۰۴) این پندار را تقویت بخشد که در ادبیات فقه شیعه و نزد فقیهان امامیه، قاعده‌ی کلی برای حل تعارض بین اصل و ظاهر، تقدم اصل بر ظاهر است و مشاهده‌ی تقدم ظاهر بر اصل، در مواردی چند، چیزی جز استثناء بر این قاعده‌ی کلی نیست.

بررسی مواردی از تعارض میان اصل و ظاهر که فقیهان شیعه در رفع و علاج آن تعارض، به تقدیم اصل بر ظاهر گراییده‌اند، این واقعیت را نمایان می‌سازد که در موارد مذکور، تقدیم اصل بر ظاهر، به جهت وجود دلیلی شرعی و یا قرینه‌ای خارجی است که تأیید کننده‌ی اصل است و این وجوه، در سمت ظاهر، موجود و مشهود نیست و البته، بسی آشکار است که با وجود دلیل شرعی و قرینه‌ی خارجی، دیگر نمی‌توان تعارض را بین اصل و ظاهر، مستقر دانست و از اصطیاد قاعده‌ای کلی در علاج این تعارض، سخن راند.

افزون بر این، التفات در برخی از موارد مذکور، از این واقعیت، پرده برمی‌دارد که اگر چه به ظاهر و در نگاه نخست، تعارض مشهود، میان اصل و ظاهر است، ولی به واقع، این تعارض، به صورت بی‌واسطه و یا با واسطه، میان دو اصل است؛ تعارض اصلی با ظاهری بر آمده و مستند به اصلی دیگر.

#### ۳-۲- گمانه‌ی تقدم ظاهر بر اصل

متقابلاً، مشاهده‌ی وجود موارد نه چندان اندک تقدم ظاهر بر اصل در ادبیات فقه شیعه (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۴-۳۰۹)، امکان سخن را از این قاعده‌ی کلی، در ذهن می‌پروراند که در ادبیات فقه شیعه و نزد فقیهان امامیه، به هنگام بروز تعارض میان اصل و ظاهر، تنها، ظاهر، واجد این شایستگی

است که همواره بر اصل، تقدم يابد و موارد مشهود تقدم اصل بر ظاهر، در متون فقه شيعه، تنها، بيان مخصصاتی است که به طور طبيعي، هر قاعده‌ی کلی، از آن، مستثنی نیست.

بررسی موارد تقديم ظاهر بر اصل، در نوشته‌های فقهی فقیهان شيعه نیز این واقعیت را نشان می‌دهد که تقديم ظاهر بر اصل، نوعاً، در تعارض بين ظاهر و اصل عدم است که افزون بر تقدم دليل ظنی بر دليل مشکوک، با تحقق ظاهر، موضوع اصل عدم، منتفی است و ديگر، برای تمسک به اصل عدم، محملی باقی نمی‌ماند.

### ۳-۳- گمانه‌ی موردی بودن تقدم

شاید از عدم استواری دو فرض پيشين، این گونه به نظر رسد که ديگر قاعده‌ای کلی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا ترجیح اصل بر ظاهر وجود ندارد و باید در هر مورد از موارد تعارض بين اصل و ظاهر، با توجه به خصوصیت همان مورد، یکی از دو اصل و ظاهر را بر دیگری ترجیح داد؛ اما باید به این نکته، توجه داشت که تعارض مستقر بين اصل و ظاهر، نوعاً، در مواردی است که دليلی قطعی و اماره‌ای معتبر و برتر از ظاهر، وجود ندارد و ظاهر از ادله‌ی شرعی و اماره‌ی معتبر، مستفاد نیست و اصل نیز به دليلی شرعی و قرينه‌ای خارجي، متکی و مؤيد نیست؛ چه اینکه در صورت وجود چنان ظاهری، در تقدم آن بر اصل، تردیدی نمی‌توان روا داشت؛ چنانکه در تقدم اصل مؤيد به دليل شرعی و قرينه‌ی معتبر خارجي، بر ظاهر حال، نمی‌توان درنگ کرد ( شهيد ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۱-۳۰۰؛ نجفی، ۱۳۷۴، ۱۴۲/۳۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۵۹۷/۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۲۳۶/۲).

به ديگر سخن، بستر تحقق تعارض، فقدان ادله‌ی اجتهادی است که البته، در چنین مواردی، نوبت عمل به ظنون است و به استناد همین نکته، می‌توان این فرض را بر زبان جاری ساخت که در موارد تعارض بين اصل و ظاهر، در صورت پذیرش حجیت مطلق ظنون، به جهت تقدم دليل ظنی بر دليل مشکوک، در تقدم ظاهر بر اصل، تردیدی وجود ندارد؛ مگر اینکه دليل خارجي، عدم حجیت ظاهر را ثابت کند.

و در صورت پذیرش اصل عدم حجیت ظنون، اگر از ظاهر حال مستفاد از عرف و عادت، شیوع و غلبه، قرائن و شواهد و اوضاع و احوال، علم عادی و اطمینان، حاصل آید، به جهت حجیت علم عادی، در تقدم ظاهر بر اصل، شکی باقی نمی‌ماند؛ ولی اگر ظاهر حال، فاقد اطمینان آوری و از نوع ظاهر ظنی صرف باشد، چون چنین ظاهری، در حکم شک و به فقدان حجیت مبتلی است؛ از این رو، نمی‌تواند با اصل، به معارضه برخیزد و در نتیجه، اصل، دارای حجیت و بر ظاهر حال، مقدم است.

#### ۴- بررسی موارد تعارض بین اصل و ظاهر

در راستای قاعده پذیری تعارض بین اصل و ظاهر، آنچه استواری فرض سوم و ناستواری دو فرض دیگر را هویدا می‌سازد، بررسی مواردی چند از تعارض بین اصل و ظاهر است که دانشیان فقه شیعه، در نوشته‌های خود، در علاج و رفع این تعارض، به تقدم یکی بر دیگری گرویده‌اند.

##### ۴-۱- موارد تقدم اصل بر ظاهر

۱. در دعوای بین دو نفر، در خصوص تحقق معامله‌ای - مثلاً، بیع - هر چند مدعی، در نهایت عدالت و وثاقت باشد و مقابل وی، مدعی علیه، در غایت ظلم و حلیه‌گری شناخته شود، فقیهان شیعه، به تقدم اصل عدم تحقق معامله بر ظاهر حال مدعی عادل، حکم می‌دهند (شهید اول، ۱۴۳۰، ۸۰؛ سیوری، ۱۴۰۳، ۶۹).

۲. اگر زوجه‌ی باکره‌ای، در پی خلوت با شوهر خود، وقوع آمیزش و ثبوت همی مهریه را ادعا کند و زوج، به انکار وقوع آمیزش، زبان گشاید، اگر چه عده‌ای از فقیهان شیعه، در حل این تعارض بین ظاهر حال و اصل عدم، به تقدم ظاهر بر اصل گرویده‌اند، ولی نوع فقهاء امامیه، از تقدم اصل عدم بر ظاهر حال، سخن می‌رانند و تنها، به استحقاق زوجه نسبت به نیمی از مهریه، حکم می‌دهند، تا آن‌گاه که خلاف سخن زوج، به اثبات رسد (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۵۵۵/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۷، ۱۵۵/۷-۱۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۲۰، ۳۴۴-۳۴۵؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۸۳/۵).

۳. در صورت غرق شدن کشتی و مفقود شدن برخی از سرنشینان کشتی که قرائنی چند بر هلاکت آنان وجود دارد، دانشیان فقه شیعه، در رفع این تعارض بین اصل استصحاب بقای حیات و ظاهر حال، به تقدم اصل استصحاب بقای حیات مفقودین بر ظاهر حال می‌گرایند و احکام زنده‌ی مفقود الخبر را بر مفقودین، حمل می‌کنند؛ مگر اینکه بر وفات مفقودین، یقین حاصل آید (محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۲۳۶/۲-۲۳۸؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۳۸/۶).

دقت در موارد بیان شده‌ی تعارض بین اصل و ظاهر، آشکار می‌سازد که تقدم اصل بر ظاهر حال، به جهت وجود دلیل شرعی معتبر در سمت اصل و فقدان آن، در سمت ظاهر حال، و ظنی صرف بودن ظاهر حال است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۳/۸؛ نجفی، ۱۳۷۴، ۱۴۲/۳۱) و با توجه به اصل عدم حجیت ظنون، بر هویداست که ظاهر ظنی صرف، بدون همراهی دلیل شرعی نمی‌تواند از قلمرو اصل عدم حجیت ظنون خارج گردد.

##### ۴-۲- موارد تقدم ظاهر مستند به اصل، بر اصل دیگر

۱. اگر بایع و مشتری، نسبت به برخی از شرایط صحت بیع - مانند: صلاحیت یکی از مبیع و ثمن، و یا اذن در فروش - با یکدیگر، اختلاف کنند، در نگاه نخست، بین رعایت ظاهر حال مسلم که - عقد را با تمامی شرایط و به طور صحیح منعقد می‌سازد - و اصل عدم اجتماع شرایط، تعارض، وجود دارد. فقیهان شیعه، در این موارد، از تقدم ظاهر حال مسلمان بر اصل عدم اجتماع شرائط، سخن می‌رانند و به صحت عقد مذکور حکم می‌کنند ( محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴۲۵/۴-۴۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۴، ۳۰۵/۲-۳۰۶). درنگ و تأمل در این مصداق از تعارض، نمایان می‌سازد که تعارض مذکور، نه بین ظاهر حال و اصل عدم، بلکه بین دو اصل صحت - که به صورت ظاهر حال نمود یافته است - و اصل عدم اجتماع شرایط است که اصل صحت به جهت بهره‌مندی از مستند شرعی، بر اصل عدم مقدم است ( شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۲).

۲. اگر دو طرف قرارداد بیع، نسبت به تحقق غبن، اختلاف کنند و مدعی غبن، خود، از اهل فن و خبره به شمار آید و دلیلی هم بر آگاهی او نسبت به قیمت واقعی کالا و غبن موجود در معامله، به پا نگردد، این مورد، از مصادیق تعارض بین اصل عدم اطلاع و ظاهر حال اهل خبره است ( محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۲۹۴/۲؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ۳۶۱/۱).

مشهور فقیهان شیعه، در فرض مذکور، بر تقدم ظاهر حال اهل خبره بر اصل عدم اطلاع اعتقاد دارند و در نتیجه، به لزوم عقد بیع و عدم امکان اعمال خیار غبن حکم می‌دهند.

دقت در این مورد نیز تعارض بین دو اصل عدم اطلاع و اصل لزوم را فرا روی می‌نهد و نه تعارض بین اصل عدم و ظاهر حال اهل خبره که اصل لزوم، در قالب آن، جلوه‌گیری می‌کند.

۳. اگر زوجین، بدون اینکه از میزان مهریه و یا تسمیه و عدم آن، سخنی به میان آورند، در اصل مهریه، به اختلاف گرایند و زوجه، مهریه را ادعا کند و متقابلاً، زوج، به انکار اشتغال ذمه‌ی خویش نسبت به مهریه پردازد، اصل، بر براءت و عدم اشتغال ذمه‌ی زوج، و عرف و ظاهر حال، بر پذیرش ادعای زوجه و اشتغال ذمه‌ی زوج، گواهی می‌دهد و از آن جهت که طبع آمیزش جنسی در نکاح، مقتضی عوض است و نزد عرف، استمتاع، با ادعای عدم استحقاق، جمع ناپذیر است، نوعاً، فقیهان شیعه، بر تقدم ظاهر حال بر اصل، و پذیرش ادعای زوجه، حکم می‌دهند ( محقق حلی، ۱۴۰۳، ۵۵۴/۲؛ خمینی، ۱۴۱۷، ۲۶۹/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۸۲/۵-۲۸۳).

درنگ در مسأله‌ی مذکور، این واقعیت را نمایان می‌سازد که تعارض مذکور بین اصل و ظاهر، در واقع، تعارض بین دو اصل ثبوت عوض بضع محترم و بقای آن و اصل عدم تسمیه و اصل براءت است ( شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۲).

#### ۳-۴- تقدم ظاهر بر اصل عدم

۱. اگر داین و مدین، درباره‌ی مال مشخصی، بدین گونه با یکدیگر اختلاف کنند که یکی ودیعه بودن آن مال و دیگری، رهن بودن آن را ادعا کند، اصل بر عدم رهن، و ظاهر حال، بر رهن بودن آن، گواهی می‌دهد؛ چنانکه فقیهان شیعه نیز بر تقدم ظاهر بر اصل و رهن بودن آن مال، حکم می‌کنند (مغنیه، ۱۴۲۴، ۳۶/۴؛ خوئی، ۱۴۲۲، ۷۵/۱).

تأمل در دلیل تقدم ظاهر بر اصل، از مستند بودن ظاهر حال مذکور، به برخی از روایات (حرعاملی، ۱۴۰۴، ۱۳۶/۱۳-۱۳۷ ب ۱۶ ح ۱، ۲، ۳) پرده بر می‌دارد و بدیهی است با بودن دلیل معتبر شرعی، دیگر، برای سخن راندن از اصل، محملی باقی نمی‌ماند.

۲. اگر در پی بروز اختلاف بین زوجینی که در خانه‌ی پدر زوجه سکونت دارند، پدر زوجه، مال الاجاره‌ی مدت سکونت زوج را در منزل خویش، مطالبه کند و هر دوی زوج و پدر زوجه، پیش از این نیز اجاره‌ای یا تبرعی و مجانی بودن سکونت را در منزل مذکور، به سکوت و نهاده باشند و زوج، برابر مطالبه‌ی مال الاجاره، تبرعی بودن سکونت خویش را ادعا کند، بین اصل برائت ذمه‌ی زوج و ظاهر حال بر آمده از ضمانی بودن ید، تعارضی نمایان می‌گردد که حکم فقیهان شیعه، بر تقدم ظاهر و ثبوت اجرت المثل است (مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۸۹/۴).

اگر پذیرفته نشود که مورد مذکور فوق، در شمار مصادیق تعارض ظاهر مستند به اصل، با اصل دیگر، جای دارد، گریزی از اذعان به مستند بودن این ظاهر مستند از قاعده‌ی ضمان ید، به دلیل شرعی، وجود ندارد و با بودن دلیل شرعی، چگونه می‌توان از امکان تمسک به اصل، سخن راند؟!.

۳. هرگاه، موکل، امتناع وکیل را نسبت به رد مال مطالبه شده‌ی خود، ادعا کند و متقابلاً، وکیل، به انکار امتناع خویش و انکار عدم رد مال موکل، زبان گشاید، فقهاء شیعه، بر تقدم ظاهر حال وکیل بر اصل عدم رد مال گراییده‌اند (طوسی، ۱۳۸۸، ۳۷۶/۲).

درباره‌ی مورد اخیر، چنین به نظر می‌رسد که تقدم ظاهر بر اصل عدم، به جهت مستند بودن ظاهر حال، به قاعده‌ی ایتمان است که این، خود نیز دارای دلیلی شرعی است؛ بنابر این، دیگر، امکان تمسک به اصل عدم، قابل طرح نیست.

#### ۴-۴- تقدم ظاهر بر اصل

اگرچه، تا کنون، از درنگ در مطالب بیان شده، اذعان به استواری فرض سوم در پژوهش حاضر، انتظار می‌رود، لیک، برای مزید تأیید، ذیلاً، نمونه‌هایی دیگر نیز بررسی می‌شود:

۱. اگر بایع و مشتری، درباره‌ی زمان حدوث عیب، با یکدیگر اختلاف ورزند، بدین گونه که مشتری، سبق عیب را بر عقد، ادعا کند و بایع، سبق آن عیب را به انکار نشیند و شواهد و قرائن چندی یافت شود که سخن مشتری را قوت بخشد، این ظاهر حال، بر اصل، مقدم است؛ زیرا در فرض مورد سخن، ظاهر، مفید یقین است و با توجه به حجیت ذاتی علم، دیگر، برای تردید در تقدم این ظاهر، بر اصل عدم، محتملی باقی نمی‌ماند ( شهید اول، ۱۴۱۷، ۲۸۹/۳؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۲۶/۳ ).

۲. اگر ودیع، تلف شدن عین ودیعه را ادعا کند و مودع، به انکار تلف روی آورد، دانشیان فقه شیعیه، در رفع این تعارض بین ظاهر حال و اصل عدم، به تقدم ظاهر بر اصل عدم گرویده‌اند و به عدم ضمان مستودع حکم داده‌اند ( طوسی، ۱۴۰۰، ۴۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۷، ۳۱/۶؛ نجفی، ۱۳۷۴، ۱۴۸-۱۴۷/۲۷؛ مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۰۵/۴ ).

در مورد مذکور باید گفت: ظاهر حال امین، به برخی از روایات، همچون صحیح‌ه‌ی حلبی ( حر عاملی، ۱۴۰۴، ۲۲۸-۲۲۷/۱۳، ب ۴ ح ۱، ۷، ۱۰ ) مستند است و از این رو، تردیدی وجود ندارد که ظاهر مؤید به دلیل شرعی، بر اصل، مقدم است.

۳. اگر زوجینی که به طور مشترک، در منزلی زندگی می‌کردند، پس از جدایی، درباره‌ی وسایل منزل، با یکدیگر، اختلاف ورزند، در حالی که هیچ دلیل و مدرکی وجود ندارد که مالکیت یکی یا هر دوی زوجین را بر هر یکی از اثاث البیت، به اثبات برساند و از یک سو، زوج، مالک خانه است و از دیگر سو، عرفاً، چنین متداول است که زوجه، شماری از اثاث منزل را به نام جهیزیه، با خود به منزل شوهر می‌آورد، فقیهان شیعیه، در تعارض بین ید و ظاهر حال، با تقدم ظاهر حال بر اصل، به مالکیت زوجه بر کالاهای مورد ادعای او حکم می‌دهند ( مغنیه، ۱۴۲۴، ۲۸۹-۲۸۶/۵؛ خوئی، ۱۴۲۲، ۸۳/۱ ).

به نظر می‌رسد در مورد فوق نیز فقهاء امامیه، بدین جهت، به تقدم ظاهر بر اصل گراییده‌اند که به روایتی صحیح مؤید است ( حر عاملی، ۱۴۰۴، ۵۲۴-۵۲۳/۱۷، ب ۸ ح ۱ ).

## ۵- نتیجه‌گیری

استقراء و بررسی مواردی که در نوشته‌های فقهی فقیهان شیعیه برای رفع تعارض بین اصل و ظاهر، مذکور است، این حقیقت را نمایان می‌سازد که اگرچه، در مواردی نه اندک، در نگاه نخست، تعارض بین اصل و ظاهر دیده می‌شود، ولی در واقع، یا تعارضی موجود نیست و یا این تعارض، به تعارض

بین دو اصل یا دو قاعده‌ی فقهی معطوف است؛ چنانکه در مواردی نیز تقدم هر یک از اصل و ظاهر بر دیگری، به جهت وجود دلیل شرعی و یا قرینه‌ای معتبر در یک سمت و فقدان آن در دیگر سمت است. به نظر نمی‌رسد هیچیک از صور مذکور، در میدان بحث تعارض بین اصل و ظاهر قرار گیرد. همچنین، از بررسی مصادیق تعارض بین اصل و ظاهر، به دست می‌آید: در نوع مواردی که به تقدم ظاهر بر اصل، حکم می‌شود، ظاهر، به دلیل شرعی، مؤید است و اندک مواردی را می‌توان مشاهده کرد که ظاهر، ظاهراً، به دلیلی معتبر، مستند نیست و این، خود، از وجود این قاعده‌ی کلی پرده بر می‌دارد که در صورت تعارض بین ظاهر و اصل، تنها، هنگامی ظاهر بر اصل مقدم است که مأمون و اطمینان آور است.

## منابع و مآخذ

- ۱- آشتیانی، محمد حسن، کتاب القضاء، قم، انتشارات دار الهجره، ۱۴۰۴ ق.
- ۲- ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- ۳- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز بن براج، المهذب، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ۴- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱، ۸، امین محمد عبدالوهاب، محمد صادق عبیدی، بیروت، دار احیاء تراث عربی - مؤسسه تاریخ عربی، ۱۴۱۶ ق.
- ۵- اسلامی، رضا، قواعد کلی استنباط، ج ۱، ۳، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
- ۶- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، ج ۴، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۸ ق.
- ۷- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۳، ۱۷، عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء تراث عربی، ۱۴۰۴ ق.
- ۸- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- ۹- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۱۰- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، قم، مؤسسه احیاء آثار خوئی، ۱۴۲۲ ق.
- ۱۱- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول، ج ۲، قم، انتشارات داوری، ۱۴۱۷ ق.
- ۱۲- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق)، المحصول، ج ۲، ۴، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- ۱۳- سیوری، مقداد بن عبدالله، نضدالقواعد الفقیه، سید عبد الطیف کوهکمری، قم، کتابخانه‌ی آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- ۱۴- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه، ج ۳، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۱۵- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم، مرکز علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
- ۱۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی، تمهید القواعد، عباس تبریزیان و دیگران، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- ۱۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة، ج ۲، ۳، چاپ چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۰ ق.
- ۱۸- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۸، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- ۱۹- صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ج ۷، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۰- صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- ۲۱- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرين، ج ۱، ۲، سید احمد حسینی، چاپ دوم، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷.
- ۲۲- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، محمد باقر بهبودی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه‌ی مرتضوی، ۱۳۸۸ ق.
- ۲۳- طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، انتشارات قدس محمدی، ۱۴۰۰ ق.
- ۲۴- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۶، ۷، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۵- فاضل لنکرانی، محمد، ایضاح الکفایه، ج ۳، ۶، قم، انتشارات نوح، ۱۳۸۵.

- ۲۶- فیروزآبادی، محمدبن یعقوب، الفاموس المحيط، ج ۲، ۳، بیروت، مؤسسه العربیه، ۱۳۷۰ ق.
- ۲۷- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، ج ۱، ۲، چاپ هفتم، قاهره، مطبعه الامیریہ، ۱۹۲۸ م.
- ۲۸- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، ج ۲، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
- ۲۹- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- ۳۰- محقق کرکی، علی بن حسین، الرسائل، ج ۲، محمد حسون، قم، انتشارات کتابخانهی آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
- ۳۱- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۳، ۴، ۵، ۶، چاپ چهارم، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۴ ق.
- ۳۲- ملکی اصفهانی، مجتبی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ج ۲، تهران، انتشارات عالمه، ۱۳۷۹.
- ۳۳- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۷، ۳۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات اسلامیہ، ۱۳۷۴.
- ۳۴- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نشر نی، ۱۳۷۴.

# کاوشی در برخی مفاهیم مخل امنیت ملی و آسایش عمومی

## از منظر فقه اسلامی

محمد ابراهیم مجاهد

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحداصفها

۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۵ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۱.۲۵

### چکیده

بحث مفهوم شناسی در تمامی شاخه های علوم بشری از اهمیت بالایی برخوردار است. این بحث در حقوق کیفری بویژه در حوزه امنیت و آسایش عمومی از اهمیتی مضاعف برخوردار می باشد. از آنجا که این حوزه ارتباط تنگاتنگی با مصالح خمسسه دارد، و آنکهی در پاره ای از این مفاهیم، نارسایی ها و ابهام های مفهومی وجود دارد؛ بر همین اساس تبیین این دسته مفاهیم هم به لحاظ نظری و هم به لحاظ عملی ضرورتی اجتناب ناپذیر می باشد. شناخت و تبیین اجمالی مفاهیمی چون ترور و تروریسم، و بیوترریسم، محاربه و افساد فی الارض و بغی، جرم سیاسی، فتک و اغتیال، کودتا و فتنه، و تفاوت و تفکیک آنها از هم از جمله مفاهیمی هستند که آشنایی و تبیین آنها، هم به لحاظ نظری و هم در بعد عملی و وضع قانون و نیز در مقام داور و تطبیق بر مصادیق بغایت داری اهمیت است. این پژوهش بصورت تحلیلی-توصیفی به بازکاوی برخی از مهمترین این مفاهیم اقدام نمود. ابتدا به تبیین و توصیف این مفاهیم بنیادی پرداخته شد. سپس به تحلیل اجمالی اوصاف و ابعاد، زوایا، قلمرو و آنها اهتمام شد. در نتیجه این تحقیق مفاهیم مورد بحث ابهام زدایی شدند و با شناختی که از ارکان و ماهیت هر یک بدست آمد، وجه تشابه و وجوه افتراق و تمایز و تفکیک آنها از هم بازشناسی و تبیین شد...

واژگان کلیدی: مفاهیم، مخل امنیت، تروریسم، محاربه، بغی، افساد، فتک، غدر، اغتیال.

## **Jurisprudential and legal analysis of the guarantee condition in contracts**

### **Abstract**

Conceptual discussion is very important in all branches of human sciences. This discussion is of double importance in criminal law, especially in the field of public safety and comfort. Since this field is closely related to the materials of Khamsa, and there are conceptual inadequacies and ambiguities in some of these concepts; Based on this, the explanation of this category of concepts is inevitable both theoretically and practically. Brief recognition and explanation of concepts such as terror and terrorism, and bioterrorism, war and corruption in the land and rebellion, political crime, assassination, coup d'état, and their difference and separation from each other are among the concepts that familiarization and explanation of them, both in terms of It is important both theoretically and in the practical aspect of law making, as well as in the position of judging and applying examples. This research analyzed some of the most important concepts in an analytical-descriptive way. First, these basic concepts were explained and described. Then attention was paid to the brief analysis of the attributes and dimensions, angles, territory and them. As a result of this research, the discussed concepts were disambiguated, and with the knowledge obtained of the elements and nature of each, their differences and distinctions were recognized and explained.

**Keywords:** Concepts, disrupting security, terrorism, war, sedition, corruption, murder, treachery, assassination

## مقدمه

از اساسی ترین وظایف هر حکومت و نظام سیاسی ایجاد نظم و برقراری امنیت جهت آسایش عمومی است. زیرا اخلال در امنیت و آسایش عمومی به نوعی ایراد ضرر به مردم و همه جمعیت مقیم در یک کشور است. از این رو حکومت موظف است برای صیانت از امنیت و آسایش عمومی کسانی که در نظم و امنیت و آسایش عمومی اخلال می کنند را دستگیر نماید و به مجازات برساند. گفتنی است که همه جرایم به نحوی علیه نظم و آسایش عمومی اند؛ ولیکن برخی جرایم ماهیتاً و بطور خاص تحت عنوان جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی تلقی می شوند، چون صدمه آنها مستقیماً و بطور ابتدائی متوجه عموم مردم است. البته ممکن پس از آن و بطور ثانوی متوجه شخص خاصی هم بشوند. و بالعکس.

بنابراین خصوصیت و وجه ممیزه جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی آن است که ماهیتی عمومی و حکومتی دارند؛ و طرف مجرم مستقیماً و یا بطور غیر مستقیم نفس حاکمیت است. در نتیجه عدم تأمین چنان نظم و امنیتی در قلمرو حاکمیتی نشان از بی تدبیری حکومت و عدم توان دولتمردان محسوب می شود.

دو هدف بلند حقوق کیفری اسلام یکی حفظ نظم عمومی و دیگری حفظ حقوق و آزادی های فردی و اجتماعی مشروع است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل نهم به این مقوله ی مهم تصریح نموده است.

به عقیده برخی نویسندگان این اصل، آزادی را هم سنگ حفظ استقلال و تمامیت ارضی قرار داده است و تأکید شده «هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی، آزادی های مشروع را هر چند با وضع قوانین و مقررات سلب کند.»

از سویی تبیین مفهوم و اهمیت و جایگاه و قلمرو این جرایم از درجه بالایی از اهمیت برخوردار است. زیرا مفهوم برخی از این دسته جرایم ناشناخته و دارای ابهام هستند و احیاناً با دیگر جرایم تداخل می یابند. لذا تبیین و تفکیک آنها از هم بسیار مهم است. بنابراین شایسته است نظرات علما و اندیشمندان در این باره بازکاوی و روشن گردد.

با این توصیف بابد گفت در مجموع فقها و حقوقدانان اسلامی برخی از مصادیق جرایم علیه نظم و امنیت و آسایش عمومی را چنین بر شمرده اند: محاربه، بغی، افساد فی الارض، فتک، اغتیال،

تروریسم، بیوتریسم، غدر، قیام مسلحانه، فعالیت تبلیغی علیه نظام حاکم، جرایم جاسوسی، کودتا و برخی جرایم مالی که در این مجال به برخی از مهمترین آنها می پردازیم.

## ۲- اقدامات تروریستی

### ۲-۱- مفهوم شناسی ترور و تروریسم

یکی از پدیده های شوم و مذموم و مورد حرمت در شریعت اسلامی اقدامات شرورانه تروریستی است. درطول تاریخ بسیاری از بزرگان و چهره های شاخص سیاسی و مذهبی از جمله ائمه (ع) قربانی این رفتار منحوس شدند.

### ۲-۲- مفهوم ترور

واژه ی ترور (terreur) در زبان فرانسوی به معنای دهشت و دهشت افکنی است. اولین کاربرد واژه ترور در جهان مدرن، مانند بسیاری از مفاهیم نوین از جمله «پیشرفت و ترقی» از انقلاب فرانسه نشأت می گیرد. البته برعکس امروز، بار معنایی مثبت داشته است.

در فرهنگ سیاسی، ترور از ریشه لاتین terror به معنای ترس و وحشت گرفته شده و به رفتار و اعمال فرد یا گروهی اطلاق می شود که از راه ایجاد ترس، وحشت و استفاده از زور می خواهند به اهداف سیاسی و اجتماعی خود برسند.

در زبان فارسی هم ترور به معنای ترس زیاد، بیم و هراس و خوف و وحشت است. تروریست به عامل ترور، طرفدار ترور، آدم کش یا کسی که برای رسیدن به هدف خود کسی را به طور غافلگیرانه بکشد یا ایجاد وحشت و هراس کند، گفته می شود.

بنابراین ترور در لغت به معنی «ترساندن» است و در فرهنگ سیاسی جهان عبارتست از هرگونه اقدام خصمانه و مخفیانه ترس آور و رعب انگیز، علیه فرد یا افراد و جامعه هدف، در حوزه ای محدود یا گسترده، با اهداف سیاسی، مذهبی، اقتصادی، کشاورزی، صنعتی و حتی شخصی.

### ۲-۳- مفهوم تروریسم

برای تروریسم تعاریف مختلفی ارائه شده که با گذشت زمان توسعه داده شده اند. می توان گفت تروریسم عبارت است از: «مجموعه اقدامات فردی و جمعی خشونت بار و انتحاری و تخریبگرانه که بصورت ظالمانه منافقانه و غافلگیرانه علیه افراد و شهروندان واقع می شود را اقدامات و یا عملیات تروریستی می نامند.»

## ۲-۴- مؤلفه‌ها و ویژگی‌های کلی تروریسم

مؤلفه‌ها و ویژگی‌های کلی پدیده مذموم تروریسم عبارت است از: ۱- خشونت و توسل به زور جنبه‌های مختلف خشونت در اقدامات تروریستی دیده می‌شود. قتل، جرح و تخریب از ویژگی‌های اساسی اقدامات تروریستی است. این ویژگی در قریب به اتفاق تعاریف اراده شده از تروریسم آمده است. ۲- ایجاد فشار (سیاسی و ...)، وحشت و ترس هر اقدام تروریستی، هدفی را دنبال می‌کند که از رهگذر ایجاد فشار به دولت یا جامعه مورد هدف و تولید وحشت فزاینده در تلاش است که بدان دست یابد. ایجاد فشار سیاسی و وحشت نیز از مؤلفه‌های مشترک بین تعاریف ارائه شده در حوزه تروریسم است. (جعفری لنگرودی ۱۳۸۸ش، واژه ترور)

۳- رسیدن به هدفی غیرمشروع اقدامات تروریستی برای رسیدن به اهدافی سیاسی اقتصادی و غیره سازماندهی میشوند. امروزه ترور با انگیزه‌های مذهبی و ایدئولوژیک نیز واقع می‌شود.

۴- اقدام غافلگیرانه، مخفیانه و ظالمانه برخلاف جنگ‌ها که دشمن، مشخص و آشکار بوده، رو در رو به مبارزه می‌پردازد؛ در اقدامات تروریستی فرد یا گروه تروریستی تا آن جا که می‌تواند موضع خود را غیر مشخص، پنهان، منافقانه و غافلگیرانه قرار می‌دهد؛ چرا که عمده‌ترین عامل بالا بردن تأثیرگذاری بر هدف خود را در غافلگیری می‌بیند که از این طریق، وی را وحشت‌زده و مرعوب خود می‌کند. این مؤلفه در روح اغلب تعاریف ترور آمده است. (شاملو احمدی، ۱۳۷۷ش: ج ۱، ص ۱۳۰ و ۱۳۱) البته دفاع مشروع که خود نوعی پاسخ به یک حمله است، را نمی‌توان مخفیانه یا غافلگیرانه و ظالمانه دانست؛ چرا که همواره هر متجاوز، انتظار پاسخ در مقابل تجاوز خود را دارد و هر مورد تجاوزی، حق دفاع مشروع از خود را ندارد (طارمی، ۱۳۹۶ش: ص ۴۱ به بعد)

## ۲-۵- مفهوم جهان پسند آری یا نه؟

در جهان امروزی، تعریف دقیقی از واژه «تروریسم» ارائه نشده است؛ زیرا هنوز هیچ تعریفی از تروریسم در سازمان ملل متحد تعریف نشده که مورد توافق همه کشورهای عضو باشد.

## ۲-۶- تفاوت ترور و تروریسم

میان تروریسم و ترور تفاوت‌های مهمی وجود دارد. مفهوم ترور (قتل سیاسی که گاه آن را اعدام انقلابی می‌نامند) گاه برای مشروعیت بخشیدن به اقدامات تروریست‌ها استفاده می‌شود. برخی پژوهشگران همچون دیوید راپوپورت و ایوانسکی نظریه امروزی ترور را برگرفته از نظریه ستمگرشی می‌دانند. امروزه گرایش برای گنجاندن قتل سیاسی در چارچوب تروریسم پدید آمده

و از سوی دیگر بسیاری از گروه‌های وحشت نیز از تاکتیک قتل سیاسی استفاده می‌کنند. آشکارترین تمایز ترور و تروریسم این است که هدف یک قاتل سیاسی یک شخصیت معین است و اسلحه برای از میان بردن او استفاده می‌شود، اما هدف یک اقدام تروریستی، گروهی است.

راپوپورت برای تمایز قتل سیاسی از عمل تروریستی روش بدیعی را ارائه می‌دهد که در آن به جای «نفس اقدام» به «معنای اقدام» توجه می‌شود. او تروریسم را یک فرایند و قتل سیاسی را یک رویداد می‌داند؛ «قاتل سیاسی انسانی را نابود می‌کند که (به عقیده او) یک نظام را به فساد کشانده است. اما تروریست نظامی را نابود می‌کند که پیشتر هر کسی را که در خود جای می‌داده به فساد کشانده است. قتل سیاسی یک حادثه، یک کار گذرا و یک رویداد است، ولی تروریسم یک فرایند و یک روش زندگی است.

ترور واژه‌ای فرانسوی می‌باشد که به ترس و وحشت ترجمه شده است و در عربی معاصر به «ارهاب»، «اغتیال» و «اهراق» تعبیر می‌شود.

ترور در اصطلاح: با وجود تلاش‌های اندیشوران و صاحب‌نظران و سازمان‌های بین‌المللی، تعریف جامع و دقیقی که مورد اقبال همگانی باشد در دست نیست.

## ۲-۷- تروریسم پنداری محاربه

برجسته‌ترین منبع بزه انگاری محاربه در فقه، آیه ۳۳ سوره مائده است. بر اساس این آیه، محاربه به عنوان یکی از جرایم مستوجب حد در فقه پیش بینی شده است. بیشتر فقیهان با بیان جمله شناخته شده «تجرید السلاح لآخافه الناس» به تعریف محاربه پرداخته اند و گهگاهی از سلاح نیز به شمشیر یاد کرده اند؛

بر اساس شرط «هراساندن» برخی محاربه و تروریسم را یکی می‌دانند و بر این باورند که در نظام اسلامی، تروریسم همان محاربه است که عبارت است از هر گروه اعم از شخص واحد، حکومت، حزب، جمعیت و سازمان که قیام مسلحانه و ایجاد رعب و هراس کنند و امنیت را در جامعه سلب و نقض کنند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰ ش: ص ۱۸۳)

برخی نیز با همین پندار، برخی از گونه‌های تروریسم که هیچ جایگاه فقهی ندارد، همچون سوء قصد به جان مقامات یا بزه‌های ضد امنیت هواپیما را در زمره "جرایم در حکم محاربه و افساد فی الارض می‌دانند. (گلدوست جویباری، ۱۳۸۸ ش: ص ۱۴۰ و ۱۴۱)

اکنون سوال این است که آیا این دو عملاً یکسان هستند یا خیر؟ با اندکی تأمل در ماهیت این دو پدیده شوم علی‌رغم شباهت‌های فراوانی که دارند ولی ماهیتا با هم تفاوت دارند. (پس) بزه تروریستی، از محاربه جداست. محاربه به معنای برکشیدن جنگ افزار برای ترساندن (تجرید سلاح لاخافه الناس) است، ولی در اقدام‌های تروریستی نه شرط بودن جنگ افزار لازم است و نه بهره‌گیری صرف از سلاح برای ترساندن، موجب تحقق آن می‌شود. افزون بر این، از حیث نتیجه و قصد مرتکب نیز میان این دو ناهمگونی‌هایی هست. پیامد محاربه تنها ترساندن مردم است که در دیدگاه برخی حقوقدانان، حتی ترساندن نیز بایسته نیست و تنها قصد ترساندن بس خواهد بود. در حالی که پیامد تروریسم بسیار بیشتر از ترساندن بوده و کشتن، ضرب و جرح، ویرانگری، ربایش هواپیما و مانند اینها را نیز در برمی‌گیرد. افزون بر این، محاربه کنشی بر ضد امنیت اجتماعی است و هدف آن مردم است، در حالی که تروریسم، اقدامی بر ضد امنیت ملی و هدف پایانی آن دولت است. (عالی پور ۱۳۸۹ش، ص ۱۴۳ سال ۱۳، ش ۵۰)

## ۲-۸- رابطه تروریسم و محاربه

در خصوص رابطه تروریسم و محاربه هم چنان که از عناصر محاربه بر می‌آید، این جرم، نزدیکی بسیاری با اقدامات تروریستی دارد. ایجاد ترس، وحشت، اعمال خشونت و توسل به زور از ارکان اقدامات تروریستی است. از این رو است که در طول عمر حکومت جمهوری اسلامی ایران، عده‌ای از جمله، گروهک منافقین، تحت عنوان محاربه یا بغی، مورد مجازات واقع شده‌اند.

لازم به ذکر است که ارباب و ترساندن با استفاده از سلاح، ملاک است؛ لذا هدف از ارتکاب این جرم می‌تواند سیاسی یا غیرسیاسی باشد. از این جهت می‌توان گفت این جرم، شامل اقدامات تروریستی است. از جهت دیگر چون در محاربه، وجود سلاح، نقش اساسی دارد؛ شامل برخی دیگر از اقدامات تروریستی چون اقدامات خرابکارانه و یا تروریسم سایبری (اقدامات خرابکارانه الکترونیکی و اینترنتی) و یا آلوده کردن محیط زیست و... نمی‌شود. از این رو می‌توان گفت رابطه محاربه و اقدامات تروریستی، عموم و خصوص مطلق است (اقدامات تروریستی عام و محاربه خاص). زیرا که همه اشکال محاربه به دلیل وجود اخافه و استفاده از سلاح در حیطه اقدامات تروریستی قرار می‌گیرد، اما همه اقدامات تروریستی در دایره محاربه قرار نمی‌گیرد. البته می‌توان با تمسک به قرآن (آیه ۳۳ سوره مائده) افساد فی الارض را به معنای مطلق تلاش برای ایجاد فساد و برهم زدن نظم عمومی دانست و هر اقدامی در این راستا چون انواع اقدامات تروریستی را مستحق مجازات مفسد فی الارض قلمداد کرد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۷ش : شماره ۱۳)

### ۳- بیوتروریسم

بر اساس تعریف پلیس بین الملل در سال ۲۰۰۷ بیوتروریسم عبارت است از منتشر کردن عوامل بیولوژیکی یا سمی با هدف کشتن یا آسیب رساندن به انسان‌ها، حیوانات و گیاهان با قصد و نیت قبلی و به منظور وحشت‌آفرینی، تهدید و وادار ساختن یک دولت یا گروهی از مردم به انجام عملی یا برآورده کردن خواسته‌ای سیاسی یا اجتماعی.

#### ۳-۱- حمله بیوتروریستی

عبارت است از پخش کردن ویروس، باکتری، میکروب یا دیگر عوامل بیماری‌زا و سمی که موجب بروز بیماری و مرگ در میان انسان‌ها، حیوانات و گیاهان می‌شود.

کشف و شناسایی یک حمله بیولوژیکی سخت و دشوار به شمار می‌آید. تاثیرات یک حمله بیولوژیکی به چهار دسته تقسیم می‌شوند.

۱- فیزیکی: بروز بیماری ۲ - روانی: بروز ترس و وحشت، ۳- اقتصادی: محدودیت سفر و جابه‌جایی، متوقف شدن فعالیت‌های اقتصادی و کسب و کار ۴- زیست محیطی: آسیب دیدن انسان‌ها، حیوانات، گیاهان، آلوده شدن منابع طبیعی مثل منابع آب.

#### ۳-۲- عوامل بیوتروریسم

بیوتروریسم‌ها چه کسانی هستند؟ معمولا گروه‌ها و جنبش‌ها سیاسی و فرقه‌های مذهبی یا اشخاصی هستند که توانایی تولید و به کارگیری سلاح‌های بیولوژیک را دارند.

به طور مثال جنبش استقلال‌طلب قبیله مائو. مائو در کنیا که از سم برای کشتن ماموران حکومت استعماری بریتانیا استفاده کردند. فرقه مذهبی راجنیشی در سال ۱۹۸۴ با آلوده کردن ظروف سالاد یازده رستوران در آمریکا با باکتری (تایفیموریوم سالامونا) موجب مسمومیت ۷۵۰ نفر شدند.

در سال ۱۹۹۳ فرقه مذهبی آئوشینریکوی باسیل سیاه زخم را در ناحیه کامیرو در متروی توکیو

منتشر کرد

#### ۴- محاربه

نتیجه آنکه محاربه، تنها در برگیرنده اقدامات تروریستی مسلحانه است و تنها این بخش از اقدامات تروریستی، قابل مجازات از باب محاربه است و حکم دیگر اقدامات تروریستی از باب محاربه استخراج نمی‌گردد؛

محاربه جرمی علیه امنیت عمومی و اجتماعی است. شیخ طوسی در اثر گرانقدر خویش خلاف ذیل کتاب قطاع الطریق درمسأله اول در «معنی المحارب» می‌نویسد: محارب کسی است که طبق آنچه خدای تعالی در آیه محاربه فرموده آنها قطاع الطریق هستند و کسانی هستند که سلاح میکشند و راهها را ناامن می‌کنند. (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص: ۴۵۷)

وی سپس می‌فرماید: هرکس سلاح بکشد و موجب ترس و وحشت رهگذران شود چنانچه امام بر او دست باید تعزیر میشود و حکمش نفی بلد است. (شیخ طوسی، همان، ص: ۴۵۷)

صاحب غایه المرام در شرح سخن مرحوم محقق نوشته است: همه فقها معترف اند که محاربه یعنی کشیدن سلاح برای ترساندن مسلمین و این مختار مصنف و علامه و فرزندش فخرالمحققین است. وی سپس می‌نویسد اما هرگاه اقدام کننده به این عمل ناتوان از اخافه باشد شایسته نیست محاربه بخوانند. بنابراین چنین تجرید و اخافه ای با وجود ناتوانی در عمل سودی نمی‌رساند. و در این صورت چنین فعلی انجام و عدم انجامش یکسان است. (صیمری، ۱۴۲۰ هـ ق، ج ۴، ص: ۳۵۰)

گروهی دیگر از فقها در تعریف خویش از محاربه، اصولاً به عبارت «لإخافة الناس» اشاره ای نکرده اند، از جمله: - شیخ طوسی در استبصار روایتی که از محمد بن مسلم آورده صرفاً ناظر به تشهیر است و ذکر از عبارت «لاخافه الناس و اخافه السبیل» و مانند آن نیست: هرکس در شهری از شهرها سلاح آشکار کند و در نتیجه موجب تخدیر و ناامنی مردم شود به تلافی آن قصاص می‌شود. و از آن شهر تبعید می‌شود. و در صورتی که تشهیر سلاح در غیر شهرها باشد و کسی را بزنند و موجب تخدیر و ناامنی مردم شوند و مالی را بگیرند و لو آنکه کسی را نکشند، محارب محسوب میشوند. و مجازات آنها مجازات محارب است. و اختیار آن دست امام است، که اگر اراده کند او را بکشد و یا به دار زند و یا دست و پای او را قطع نماید. (شیخ طوسی ۱۳۹۰ هـ ق؛ ج ۴، ص: ۲۵۷)

در مورد معنی محاربه از نظر قانونگذار ایران طبق ماده ی ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنهاست به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. بدین ترتیب علاوه بر وجود سوء نیت عام سوء نیت خاص هم برای تحقق این جرم ضرورت دارد. رکن قانونی جرم محاربه از نظر ادله احکام آیه ۳۳ سوره ی مائده و از نظر قوانین موضوعه مواد ۲۷۹ الی ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی جدید می‌باشد. رکن مادی جرم

محاربه انجام فعل مثبت مادی است و علنی بودن از خصایص آن است. قصد اخافه الناس اساس عنصر روانی این جرم را تشکیل می دهد.

اهل ربه بودن در آن شرط نیست در خصوص علل سقوط کیفر محاربه بیان می شود که اگر محارب پس از ارتکاب جرم توبه کند، در صورتی که توبه ی او قبل از دستگیری باشد حد از او ساقط می شود.

#### ۴-۱- تفاوت محاربه و افساد فی الارض

محاربه و افساد فی الارض از چند جهت اختلاف دارند که عبارت اند از:

۱. محاربه عبارت است از برهنه کردن سلاح برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم، اما افساد فی الارض عبارت است از هرکس یا کسانی، با هرگونه رفتار آگاهانه و عمدی اقدام به رفتارهای موضوع ماده ۲۸۶ نماید مفسد فی الارض است..

۲- در محاربه عنصر مادی جرم، فقط از طریق به کار بردن سلاح و برهنه کردن و ایجاد اخافه و سلب آزادی از مردم صورت میگیرد؛ ولی در افساد فی الارض عنصر مادی به هر عملی با هر وسیله ای و به هر شکلی که گستره وسیعی را تحت الشعاع قرار دهد را شامل می شود و منحصر به سلاح و یا ابزار خاصی نیست.

پس عنصر مادی افساد : عبارت است از هرگونه رفتار که میتواند شامل فعل، ترک فعل یا گفتار و حتی نوشتار مانند نشر اکاذیب در فضای مجازی و یا رسانه ها نیز تحقق یابد.

۳- در محاربه تحقق عنصر مادی فقط به صورت فعل مثبت شرط است و باید علنی صورت گیرد، اما در افساد فی الارض چنانکه گفته شد عنصر مادی می تواند به صورت فعل، ترک فعل و گفتار حتی به صورت غیر علنی صورت می گیرد.

۴- در محاربه هدف ایجاد اخافه و رعب و وحشت و سلب آزادی و امنیت در جامعه است، ولی در افساد فی الارض تکرار و گستردگی و خشونت و خسارت عمده و اخلال شدید به امنیت فردی و اجتماعی مورد نظر است.

می تواند از طریق محاربه و برهنه کردن سلاح و برهنه زدن امنیت جامعه نیز صورت گیرد، به عبارت دیگر محاربه همچون بغی می تواند وسیله ای برای تحقق افساد فی الارض باشد.

#### ۴-۲- تفاوت محاربه و سرقت:

با عنایت به مفاد محاربه و سرقت در اقوال فقها میتوان تفاوت‌های زیر را میان این دو مقوله جزایی بر شمرد:

۱- بنا بر نظر مشهور فقها تحقق محاربه مشروط به بردن مال نیست، و محاربه بدون تعرض به اموال دیگران هم قابل تحقق است. در حالیکه در سرقت قصد بردن مال شرط است.

۲- محاربه بصورت علنی و قهر آمیز و همرا با خشونت است. ولی در سرقت شرط است که مخفیانه و بدور از چشم مالباخته و آرام صورت گیرد.

۳- در محاربه ایجاد ارعاب و سلب امنیت و آزادی مردم شرط است ولی در سرقت چنین شرطی نداریم و به صرف ورود مخفیانه و بردن مال قابل تحقق است.

۴- عنصر مادی محاربه با اخلال در نظم عمومی و هجوم قهر آمیز به قصد سلب امنیت و آزادی محقق می شود، ولی عنصر مادی سرقت حدی با ورود غیر مجاز و مخفیانه و شکستن حرز و بردن یک چهارم طلائی مسکوک تحقق می یابد.

۵- در محاربه بنابه قول مشهور در صورت اخذ مال، میزان مال برده شده (نصاب) در مجازات قطع اثری ندارد، ولی در سرقت حدی، شرط مجازات قطع، نصاب یک چهارم طلائی مسکوک ارزش مال مسروقه است.

۶- جرم محاربه به لحاظ کیفیت وقوع ماهیتی عمومی دارد و دارای حیثیتی امنیتی است (به جهت تشهیر السلاح لاختافه الناس)، ولی جرم سرقت ماهیتی خصوصی دارد؛ البته سرقت مستلزم حد، ابتداء جرم خصوصی می باشد، ولی با جمع شدن شرایطی می تواند جنبه عمومی پیدا کند.

صرف نظر از بیان این تفاوتها، این بدان معنا نیست که هیچ رابطه ای میان این دو نیست. البته برخی سرقت ها در حکم محاربه هستند؛ مانند «الص». رابطه آن دو عموم و خصوص من وجه است. یعنی بعضی سرقت ها محاربه است و بالعکس، و آنگهی بعضی محاربه ها سرقت اند (سرقت کبری) و بالعکس.

## ۵- افساد فی الارض

### ۵-۱- مفهوم اصطلاحی افساد فی الارض

می توان گفت فساد عبارت است از ایجاد اختلال در امور و دستورات الهی با ایجاد نا امنی و هرگونه کجروی فردی و اجتماعی که دامنگیر جامعه اسلامی شود، و جامعه را در سطح وسیعی تحت شعاع قراردهد، بگونه ای که در وضعیت کلی جامعه و حال افراد خلل و نقصان مادی و معنوی ایجاد نماید و سیر کمال و صلاح انسانی را تحت شعاع خود قرار دهد و مصالح مورد احترام جامعه را مخدوش نماید.

بنابراین مفهوم اصطلاح فقهی افساد فی الارض از معنای لغوی آن دور نیست. بطور خلاصه می توان گفت افساد فی الارض عبارت است: «از هر فعل و یا ترک فعلی که جنبه افراط و خروج از حد معمول و متعارف داشته باشد و اثرات و پیامدهای سوء فردی و اجتماعی و فرهنگی ببار آورد و موجب اختلال شدید و یا خسارت عمده گردد» افساد فی الارض «محسوب می شود.» بطور خلاصه می توان گفت: «هر رفتار مجرمانه ای که بموجب وجود اوصافی چون وسعت و گستردگی علیه تمامیت جسمانی، افراط و تکرار، و هتک شدید حیثیت و مکارم انسانی و اشاعه وسیع فحشا و بی قیدوبندی جنسی، و موجب خسارت عمده به اموال عمومی و خصوصی و اختلال شدید به نظم و امنیت ملی داخلی و خارجی شود» افساد فی الارض «نامیده می شود، و مرتکب به حکم مفسد فی الارض محکوم می گردد.»

#### ۵-۲- وجوه تمایز افساد فی الارض با بغی

فقه‌های امامیه و عامه در تعریف بغی و قیام مسلحانه علیه حکومت اسلامی چندان اختلافی با هم ندارند، اما از آنجاکه به عدم شرط عدالت در امام و رهبر مسلمانان معتقدند، بغی را اینگونه تعریف کرده اند «هرگاه مسلمانان بر پیشوایی و رهبری کسی اتفاق کردند هر کس از اطاعت او خارج شود و خواهان مقام امامت او باشد با او به سهل ترین صورت بجنگید و او را دفع کنید. (محقق حلی، ۱۴۰۸ هـ ق ج ۲، ۲۵۷؛ و ابن قدامه المغنی ۱۴۰۵ ق ج ۷، ص ۵۲۵)

۱- افساد فی الارض هرگونه رفتار خشنونت آمیز و خسارت بار و یا اقدام غیر متعارف و نامشروع متعمدانه ی فردی یا گروهی، علیه غیر است؛ بطوری که واجد همه یا یکی از اوصاف مشدده، مکرر و وسیع و گسترده و عمده و مخل نظم عمومی و تاثر وجدان بشری می باشد. در حالیکه بغی قیام به خروج علیه امام عادل و بحق و به قصد خلع او صورت می گیرد.

۲- از آنجا که افساد فی الارض جرمی فراملی و فرامذهبی است فرقی میان مسلمان و غیر مسلمان در ارتکاب آن نیست. ولیکن اطلاق وصف مجرمانه باغی فقط در مورد مسلمانی که دارای نظریه اجتهادی ولو آنکه خطاء و اشتباه است تحقق می یابد.

۳- در افساد فی الارض مفسد به جهت افساد و رفتار شدید تبه‌کارانه علاوه بر مجازات اصلی، ضامن همه حقوق الناس می باشد. و توبه او تاثیری در تخفیف مجازات او ندارد ولی در حقوق الله توبه مستقط خواهد بود. ولی باغی پس از پایان جنگ و توبه در امان است و حتی بخاطر ارتکاب قتل قصاص نمی شود.

زیرا کشتن آنها در حین جنگ مجاز بود و نه پس از جنگ و امان. و بلکه کشتن آنها از نظر فقها بالاتفاق ممنوع است. زیرا پس از جنگ موضوع بغی منتفی شده و باغی معصوم الدم می شود. (عوده ۱۹۹۴م، ج ۲ ص ۶۸۵)

۴- مجازات مفسد با عنایت به تصریح آیات فراوان قرآنی از جمله آیتین ۳۳ و ۳۲ و سوره مائده اعدام می باشد. اما برای باغی و بغات حد شرعی ذکر نشده است. بلکه در قرآن فقط دستور قتال و جهاد علیه آنها داده شده است. و اگر حین جنگ کشته شدند خون آنها هدر است.

۵- اموال و املاک و ضیاع و عقار و مایملک مفسدان در شرایطی ثبت و ضبط و توقیف می شود و به نفع مستحق و زیان دیده مصادره و تملیک می شود. در حالیکه اموال و املاک و ضیاع و عقار و مایملک بغات مسلمان از تعرض مصون بوده و جز در صورت ضمان مصادره نمی شوند.

### ۵-۳- تفاوت‌های افساد فی الارض با محاربه

محاربه عبارت است از تشهیر سلاح برای ایجاد رعب و وحشت و سلب آزادی و امنیت مردم و آسایش عمومی است، در حالیکه افساد فی الارض عبارت است: از هرگونه رفتار آگاهانه و عمدی که موجب اخلال شدید و گسترده و زیانبار و خشونت آمیز در امور مجرمانه و نیز مخل امنیت و ثبات و سلامت نظام جامعه اسلامی بصورت محلی و یا ملی است.

### ۶- بغی

#### ۶-۱- مفهوم اصطلاحی بغی

به عقیده اکثریت فقهای مذهب شیعه چنانچه یکی از امامان معصوم حاکم باشد امکان بی عدالتی و ستم ورزی به کسی از سوی او وجود ندارد؛ زیرا امام معصوم به دلایل عقلی و نقلی با توجه به براهین کلامی معصوم هستند و هرگز شخصا" به کسی ستم روا نمی دارد. اما اگر حاکم غیر معصومی در زمان غیبت امام معصوم مرتکب ستم و بی عدالتی شود منعزل می گردد و این حکم اتفاقی است. زیرا در این صورت چنین حاکمی فاقد وصف عدالت می شود و فاسق محسوب می

گردد. فقهای ظاهری و مالکی در این قضیه با امامیه هم عقیده اند و دلیل آنها مجموعه روایاتی است که از طریق سنت و جماعت منقول است.

شیخ طوسی در کتاب خلاف در باره بغات می نویسد: «باغی کسی است که بر امام عادل خروج نموده و با وی به مبارزه برخاسته و از واگذارن حق بر وی امتناع ورزد». باغی اسم ذم است و برخی معتقدند که شورشگر علیه امام کافر است. لفظ امام از نظر امامیه به معنای یکی از ائمه دوازده گانه علیهم السلام است. (شهید ثانی، ج ۲ ص ۲۹۸)

در نظر فقهای اهل سنت منظور از امام و خلیفه عبارت است از رئیس دولت و یا همان حاکم عمومی مردم می باشد. و منظور از امام اعظم و یا رئیس الاعلی نیز همان خلیفه و امام می باشد که بعد از او هیچ امام و رئیس بالاتری برای دولت اسلامی تصور نمی شود. (عوده ج ۱ پاورقی ص ۱۰۲)

-فقهای اسلام در رابطه با مفهوم اصطلاحی بغی فقها تعاریف متفاوتی عرضه داشته اند که مهم ترین نظرات آنها در یک دسته بندی به این شرح است:

(الف) عده ای از فقیهان در تعریفی که از بغی ارائه داده اند، آن را شامل خروج امام معصوم (ع) می دانند. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰ق، ص ۸۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ص ۴۸۰)

(ب) دسته ای دیگر از فقها، بغی را خروج بر امام عادل می دانند و می گویند: «باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند» (نجفی اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۲۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۳۵)

(ج) قول مشهور اهل سنت آن است که خروج بر امام را مطلقاً باغی می دانند؛ بدون قید عدالت و وصف عادل بودن. اینها میگویند بغات «گروهی هستند که با توجیه و تأویل هر چند باطل با امام مخالفت کرده و بر خروج نموده اند.» (عوده ۱۹۹۴م، ج ۱ ص ۱۳۸)

#### ۶-۲- تفاوت بغی (جرم سیاسی) با محاربه

مسأله مهمی که در بحث محاربه قابل طرح است، شناخت مرز محاربه و بغی و تفاوت این دو عنوان مجرمانه است. چون این دو جرم، وجوه تشابه و قرابتهایی با هم دارند و دارای مرز مشترک و نیز آثاری مشترک می باشند؛ چه آن که در بغی و جرم سیاسی نیز مانند محاربه، گاهی آشوب و تشنج در جامعه به وقوع می پیوندد و موجب اختلال در نظم عمومی و اجتماعی می شود. بدین جهت در برخی از موارد این دو موضوع به یکدیگر مخلوط و مشتبه می شوند. وای بسا در مقام قضاوت

و دادرسی در مورد بغی و جرم سیاسی، حکم محاربه صادر و اجرا گردد. در صورتی که این دو پدیده جنایی حکماً و موضوعاً دو مقوله متمایز از هم بوده و ماهیتاً کاملاً با هم متفاوت و منفک هستند. برخی نویسندگان وجوه تمایز و افتراقی برای این دو تاسیس فقه جزایی بر شمرده اند که ذیلاً مورد ملاحظه قرار میگیرند:

۱. بغی، قیام و تعرض علیه حکومت و همان جرم سیاسی است. ولی محاربه، قیام علیه مردم و امنیت جامعه است و جرم عمومی و اجتماعی محسوب می شود.

۲. در مقوله بغی، عنصر تشکل و گروهی بودن شرط است و عاملان آن را «فئۀ با غیه» یعنی گروه سرکشی می نامند؛ ولی در محاربه گروهی بودن و تشکل به آن معنا شرط نیست و یک نفر هم می تواند شمشیر و سلاح به دست بگیرد و شرارت کند و امنیت جامعه و مردم را سلب نماید، که در این صورت محارب نامیده می شود.

۳. در محاربه عنصر به کارگیری سلاح، ارعاب و تهدید با اسلحه سرد و گرم شرط است؛ ولی بغی و جرم سیاسی بدون سلاح و حتی در قالب گفتار و اعتراض نیز می تواند تحقق پیدا کند.

۴. در محاربه عنصر ارعاب مردم و ایجاد رعب و وحشت در جامعه شرط است؛ ولی در بغی و جرم سیاسی چنین شرطی وجود ندارد. بدون ارعاب مردم و با روش آرام و مسالمت آمیز و صرفاً با ایجاد بدبینی در میان مردم نسبت به حکومت و حاکمان و از طرق مختلف دیگر نیز می تواند تحقق پیدا کند.

۵. بغی و جرم سیاسی بر اساس یک فکر، اندیشه و اعتقاد، گرچه به طور واهی و خیالی و با مطالبات و انگیزه های سیاسی و اعتقادی صورت می گیرد، ولی محاربه از عنصر فکر، اندیشه و اعتقاد تهی است. صرفاً با انگیزه های مادی، زورگویی، باج گیری و بلکه گاهی بی هدف و از روی شرارت انجام می گیرد. محارب در روایات با عنوان «من سلّ سیفه» مطرح است. یعنی هرکس که شمشیر، چاقو و یا هر نوع سلاح سرد یا گرمی را به دست گیرد و عریان کند در کوچه، بازار، ملاء عام مردم را بترساند و یا معابر، راه ها و جاده ها را ناامن سازد و یا راهزنی کند و از جامعه و مردم سلب امنیت نماید، آزادی و آرامش آنان را مورد تهدید قرار دهد، همه آنها را «محارب» و این گونه اعمال را «محاربه با خدا و رسول خدا» می نامند.

۶. بغی و جرم سیاسی - گرچه به ظاهر و در ادعا و یا پندار عاملان آن - به عنوان دفاع از حقوق و آزادی ها مردم در برابر قدرت و حکومت انجام می گیرد، ولی محاربه درست به عکس جرم سیاسی،

مستقیماً علیه حقوق، آزادی و آرامش مردم ضعیف و بی‌پناه خدا و سلب امنیت جامعه به وقوع می‌پیوندد.

۷. مسأله بغی و جرم سیاسی و مسأله محاربه هر دو در حقوق اساسی مردم مطرح می‌شوند، ولی به طور معکوس یعنی در جرم سیاسی تخفیف در مجازات مجرمین سیاسی و رعایت حقوق آنان از سوی حکومت، در مقوله حقوق اساسی مردم و حفظ آزادی‌های آنان می‌گنجد ولی در محاربه تشدید مجازات اشرار و محاربین و برخورد شدید با آنان به وسیله حکومت، در محدوده حفظ حقوق، امنیت، آرامش و آزادی مردم جای می‌گیرد. بدین جهت آزادی خواهان و جوامع آزاد و دموکراتیک معمولاً طرفدار رعایت و حمایت از حقوق متهمان و مجرمان سیاسی و سرکوب اشرار و محاربین هستند.

## ۷- فتک و اغتیال

### ۷-۱- معنای لغوی فتک و اغتیال و تفاوت آنها

در رابطه با معنای لغوی فتک و اغتیال و تفاوت آنها با یکدیگر باید دانست که ؛ فتک و اغتیال هر دو به معنای حمله ناگهانی و غافل‌گیرانه به شخص است، منتها در فتک نوعی تأمین به فرد مورد فتک وجود دارد، ولی اغتیال از این نظر اعم است؛ و در اغتیال بردن فرد مورد اغتیال به محلی مخفی ملاحظه شده است، ولی فتک از این نظر اعم است. (معلوف ۱۳۸۲ ش، ماده غول)

ماده فتک و غیل در نهایت ابن‌اثیر ماده غیل آمده: «الغيلة أن یخدعه ثم یقتله فی موضع خفی ...». در لسان العرب از ابوالعباس نقل شده است که اغتیال در جایی است که مقتول قاتل را نمی‌شناسد، ولی فتک در جایی است که مقتول قاتل را مشاهده می‌کند و می‌بیند. (ابن منظور ۱۴۱۴ هـ ق ماده غیل)

در مجمع‌البحرین آمده است: «فتک: انتھز منه فرصه فقتله او جرحه مجاهره او اعم». و در ماده غیل آمده: «اغتیل هو من الاغتیال و هو ان یخدعه فیذهب به الی موضع فاذا صار الیه قتله ... یقال فلان قتل غیلۃ ای خفیۃ». (طریحی ۱۴۱۶ هـ ق، ماده فتک و غیل)

پس در اغتیال بردن مقتول یا مجروح در محلی مخفی و ندیدن قاتل و جراح ملاحظه شده است؛ اما در فتک دو قید مذکور ملاحظه نشده است، بلکه چه‌بسا مشاهده قاتل و جراح قید شده است.

بنابراین هر کدام از فتک و اغتیال از جهتی اعم و از جهتی اخص می‌باشد. اما در اصطلاح و محاورات معمولاً دو کلمه مذکور مترادف می‌باشند؛ مثلاً در بحار الأنوار از کتاب مجالس مفید و غیره

نقل شده است که: «ابن ملجم لعنه الله قتل علیاً علیه السلام غيلةً و فتکاً». (اصفهانی، مجلسی ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۲۹، ص ۴۷۲؛ و ج ۵۰، ص ۱۶۸).

می‌توان گفت: فتک بیشتر در مواردی استعمال شده که تأمین در کار بوده است؛ مثلاً در ملاقاتی که معاویه با عایشه داشت و با او مشاجره می‌کرد، عایشه به او گفت: آیا نمی‌ترسی که من کسی را سر راه تو برای کشتنت بنشانم؟ و معاویه در جواب گفت: تو در حالی که من در خانه‌ی تو و در امان تو هستم چنین کاری نمی‌کنی؛ زیرا از پیامبر شنیدم که فرمود: «الإیمان قید الفتک». (الامام احمد حنبل، ۱۴۱۶ق ج ۴، ص ۹۲؛ و نک: حاکم نیشابوری، ج ۴، ص ۲۵۲ و ۲۵۳ با اندک تفاوت)

همچنین جناب مسلم بن عقیل رضوان الله علیه در جریان فرار کشتن ابن زیاد توسط او در منزل جناب هانی رضوان الله علیه روایت: «الایمان قید الفتک» را که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده بود، مستند ترک قتل قرار داد. مطابق نقل‌های تاریخی ابن زیاد برای عیادت از هانی به منزل او آمده و در امان او بود. در مکاتیب الرسول نیز آمده است: در کتاب عون المعبود آمده: «الفتک هو القتل بعد الأمان غدرًا». (احمدی میانجی ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۰).

و در حاشیه‌ی بحار آمده است: معنای حدیث: «الایمان قید الفتک» این است: «الایمان یمنع من الفتک الذی هو القتل بعد الأمان غدرًا». (اصفهانی مجلسی دوم، ج ۴۴، ص ۳۴۴).

بنابراین در مواردی که فضای جنگی اعم از منظم یا غیر منظم وجود داشته باشد و تأمین در بین نباشد فتک صادق نیست، در این گونه موارد معمولاً تعبیر «خدعه» یا «غدر» به کار می‌رود.

می‌توان گفت: در جایی که فتک و اغتیال با هم به کار برده شده است، مقصود از «فتک» کشتن علنی و چهاراً، و مراد از «اغتیال» کشتن به شکل مخفیانه و غیر علنی است به نحوی که قاتل شناخته نشود.

## ۲-۷- کیفیت جواز و عدم جواز ترور مهدور الدم شرعی

محل بحث در جواز یا عدم جواز فتک و اغتیال مواردی است که شخص به یکی از اسباب شرعی ذیل مهدور الدم باشد، وگرنه اگر مهدور الدم نباشد حرمت کشتن او - چه به شکل فتک و اغتیال باشد یا به هر شکل دیگری - از ضروریات دین است؛ هر چند به نحو فتک و اغتیال، حرمت و قبح آن اشد و اعظم خواهد بود. اسباب مهدور الدم بودن عبارتند از:

۱- سبّ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم و حضرت فاطمه علیها السلام و ائمه معصومین علیهم السلام، بلکه سبّ انبیای الهی علیهم السلام، البته اجرای حکم سبّ با رعایت شرایط شرعی پس از ثبوت سبّ در دادگاه صالح است به چند دلیل:

دلیل اول: مرفوعه علی بن ابراهیم از بعضی اصحاب امام صادق علیه السلام است. (کلینی ۱۴۰۷ هـ ق ج ۷، ص ۳۷۶، حدیث ۱۷).

دلیل دوم: روایاتی است که دلالت می‌کند بر این که اقامه حدّ باید توسط کسی باشد که حق حکم کردن را دارد. (شیخ مفید بغدادی، ص ۸۰۹- ونک: حر عاملی، ابواب مقدمات الحدود، باب ۲۸، ج ۲۸، ص ۴۹ و ۵۰).

-حکم فتک با توجه به روایات مشهور و معتبری که در این زمینه وارد است روشن می‌باشد.

بعنوان نمونه: روایت معتبر ابوصباح: ابوصباح کنانی به امام صادق (ع) عرض کرد: همسایه‌ای داریم از همدان که وقتی فضایل حضرت علی (ع) را یادآور می‌شویم، نسبت به ایشان ناسزا می‌گوید. به خدا قسم اگر اجازه دهید در کمین وی می‌نشینم و با شمشیر او را می‌کشم. حضرت در پاسخ فرمودند: «یا اباصباح، هذا الفتک فقد نهی رسول الله عن الفتک. یا اباصباح، ان الاسلام قید الفتک» (حر عاملی، ج ۱۹، ص ۱۶۹ ونک: کلینی، ج ۷، ص ۳۷۵).

(ای اباصباح! این عمل ترور است و رسول خدا از ترور نهی فرمودند. ای اباصباح! اسلام ترور را منع کرده است.)

«در اسلام، حکم سبّ النبی و سبّ الامام، یکی است، اما با این حال، امام صادق (ع) مانع ترور سب‌کننده شدند. اگر چه این حکم در مورد شخص معینی وارد شده است، اما با توجه به ذیل روایت که به طور مطلق می‌فرماید رسول خدا از فتک نهی فرموده و اسلام، مانع ترور است، می‌توان استفاده کرد که ترور، همیشه و در همه حال، ممنوع است» (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۸۶).

برخی گفته‌اند با توجه به این که سبّ الامام، مهدور الدم است و قتل او جایز است علت این که امام، ترور این شخص را اجازه ندادند به مصلحت شیعه نبودن بوده است؛ چرا که در صورتی که در زمان حکومت حکام جائز، اقدام به چنین عملی می‌شد و احیاناً قضیه لو می‌رفت، حکومت وقت با تمسک به چنین بهانه‌ای، اقدام به قتل عام شیعیان به عنوان مخالفان نظم عمومی، امنیت و آسایش مردم می‌کرد. و لذا در برابر یک خون یک ناصبی، جان بسیاری از شیعیان به خطر می‌افتاد. ضمن

این که قتل سبب النبی در حضور امام، نیاز به اذن امام یا نماینده قانونی وی دارد و امام، چنین اذنی را ندادند.

نکته دیگر، این که ترور به دلیل ماهیت غیر قانونی و ناجوان‌مردانه و ظالمانه‌اش نمی‌تواند راهی برای اجرای حکم حق الهی چون قتل سبب الامام باشد؛ لذا حتی برای اجرای حکم خدا نیز نمی‌توان از هر وسیله‌ای مدد جست.

۲- مرتد فطری مرد با شرایطی که در فقه آمده است. ۳- محارب با تعریف و شرایطی که در جای خود ذکر شده است. ۴- باغی با شرایط مقرر. ۵- جاسوس. ۶- ناصبی. ۷- کافر حربی یا کافر ذمی یا مستأمن یا معاهد که نقض ذمه و عهد و شرایط امان کرده باشد.

۸- قاتلی که قتل او در دادگاه صالح ثابت شده و از دست حاکم یا اولیای دم فرار کرده باشد. (منتظری، ص: ۸۲ (با اندکی تصرف و تلخیص))

در تمام این موارد نیز، مانند مورد سب، باید جرم موجب حد شرعاً در دادگاه شرعی ثابت شده باشد؛ و ثبوت آن یا به اقرار است- با شرایط مقرر آن، و از آن جمله در حال طبیعی بودن و در زندان و تحت فشار و اکراه و ترس نبودن- و یا با بی‌بینه. البته اتهام قتل با قسامه نیز ثابت می‌شود. اجرای حد نیز توسط حاکم صالح است.

بطور کلی بهانه‌هایی چون مهدورالدم و تکفیر و نیز توسل به زور منفی چون ترور در حق افراد ممنوع است؛ بلکه باید به صورت علنی در دادگاه اسلامی و توسط قاضی جامع الشریط، محاکمه و محکوم گردد.

مسئله‌ای که در این جا ممکن است مطرح شود این است که اگر ترور از نظر اسلام مردود است پس چرا در برخی احکام و فتاوا دیده می‌شود که به مسلمین اجازه داده شده است که برخی افراد مهدورالدم را هر جا که یافتند به قتل برسانند بنظر می‌رسد این گونه فتاوا و چنین اقدام به قتل‌هایی، تفاوتی با ترور نداشته و شرعاً مردود هستند.

### ۷-۳- حرمت ترور در خارج از مرزهای اسلامی

از آنچه گفته شد به دست آمد که فتک و اغتیل افراد مهدورالدم که در حال جنگ با اسلام و مسلمانان و یا تدارک و حمایت از آن نباشند از نظر دینی امری قبیح و مورد نهی است. و در این جهت فرقی نمی‌کند که این افراد در محدوده کشور اسلامی باشند یا در خارج آن. و این تصور که

چنانچه آنان در خارج کشور اسلامی باشند کشتن آنها به شکل فتک جایز است زیرا به امنیت داخلی ضرری نمی‌زند.

از مطالب پیش گفته، روشن شد که اسلام، نه تنها با تروریسم، سازگاری ندارد؛ بلکه با آن، تحت عناوین محاربه، فتک، اغتیال، بغی و غدر، و امثالهم برخورد جزایی کرده، برای مرتکبین، مجازات معین کرده است. و اتهامات وارده از سوی برخی افراد و گروهها مغرضانه و غیرواقعی بینانه است.

#### ۴-۷- مقتضای اصل اولی در مورد فتک و اغتیال

یادآوری می‌شود در تمام مواردی که جرمی موجب حد یا تعزیر است، اصل اولی این است که هیچ کس ولایت ندارد جز در مواردی که ولایت او از طرف شارع احراز شده باشد.

مقتضای اصل اولی در مورد فتک و اغتیال شخص مهدورالدم و نیز مقتضای روایات مربوط به فتک. درست است که از حکم شارع به مهدورالدم بودن او به برهان «إن» کشف می‌نماییم که شارع ولایتی را بر اجرای حکم خود نیز اعطا کرده است و گرنه جعل چنان حکمی لغو می‌بود ولی محدوده ولایت و اطلاق آن نسبت به اجرای حکم حتی به شکل فتک و اغتیال مشکوک می‌باشد. چون در مقام ثبوت امکان دارد ولایت بر اجرای حکم مهدورالدم محدود به غیر فتک و اغتیال باشد؛ و در مقام اثبات نه فقط دلیل عام یا مطلق برای اثبات آن در دست نیست، بلکه مقتضای اصل اولی نیز عدم چنین سلطه‌ای می‌باشد. به علاوه مقتضای روایات دال بر نهی از فتک و اغتیال - که ذکر خواهد شد - نیز مطابق با اصل اولی است. (منتظری، همان ص: ۸۲) (با اندکی تصرف و تلخی

#### ۵-۷- مقتضای روایات دال بر نهی از فتک و اغتیال

روایات نهی از فتک در برخی روایات شیعه و سنی که به آن اشاره می‌گردد، از طرف پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم فتک مورد نهی قرار گرفته و ایمان و اسلام قید و مانع از آن دانسته شده است:

۱- از طریق شیعه در کافی آمده است: علی ابن ابراهیم از ابی الصباح کنانی نقل کرده که به امام صادق علیه السلام گفته است: آیا همسایه من (جعدر بن عبدالله) که با شنیدن نام عل (ع) آنحضرت را سب مینماید، اجازه کشتن او را میدهید: حضرت فرمود: «ای ابالصباح! این فتک است و پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم از آن نهی کردند. إن الإسلام قید الفتک...». (کلینی، ج ۷، ص ۳۷۵)

۲- همچنین در بحار الأنوار از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده است که:

«الإيمان قیدالفتک». (اصفهانى، مجلسى دوم، ج ۵۰، ص ۱۶۸).

۳- بنابر نقل تواریخ، جناب مسلم بن عقیل رضوان الله علیه نیز در خانه هانی (رحمه الله) حدیث فوق را از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نقل کرد.

۴- در کتب اهل سنت نیز حدیث: «الإيمان قیدالفتک» از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده است. (سجستانی، ابی داوود، کتاب جهاد، باب ۱۵۷، ج ۲، ص ۹۶؛ ونک: متقی ۱۳۹۸ ق ص ۵۷، حدیث ۱؛ حاکم نیشابوری بی تا، ج ۴، ص ۳۵۲؛ بخاری الجعفی ۴۲۲ ق، کتاب جهاد، ج ۲، ص ۱۷۴)

#### ۷-۶- نگاه اجمالی به ترورهای منسوب به دستور به پیامبر (ص)

دسته اول: کسانی که به خاطر قتل یا جاسوسی و یا در جنگ کشته شدند. بعنوان نمونه:

۱- عبدالله خطل یا اخطل. گفته شده وی چون غلام خویش را که مسلمان شده بود و مظلومانه کشت و خودش هم از اسلام مرتد شد توسط سعید بن حریت مخزومی در حالی که خودش را به پرده‌های کعبه چسبانده بود بین رکن و مقام کشته شد. (ابن اثیر، ۱۳۸۵ ق ج ۲، ص ۲۴۹؛ و تاریخ یعقوبی بی تا، ج ۲، ص ۵۹).

۲- مقیس بن صُبابه یا حبابه. یکی از انصار برادر او را از روی خطا کشته بود ولی او آن انصاری را کشت و سپس هم مرتد شد و به مشرکان پیوست. سپس نمیله بن عبدالله کنانی به دستور پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم او را کشت. و گفته شده است که مردم او را بین صفا و مروه کشتند. (ابن اثیر، ۱۳۸۵ ق، همان ج ۲، ص ۲۵۰)

دسته دوم: مردان و زنانی که- بنابر نقل بعضی تواریخ- پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم در جریان فتح مکه دستور قتل آنان را صادر کردند.

مردها عبارتند از: ۱- عکرمه بن ابی جهل. ۲- صفوان بن امیه بن خلف. ۳- عبدالله بن سعد بن ابی سرح. ۴- عبدالله بن خطل. ۵- حویرث بن نقیذ. ۶- مقیس بن صبابه. ۷- عبدالله بن زبیری. ۸- حویطب بن عبدالعزی.

و زنها عبارتند از: ۱- هند دختر عتبه. ۲- ساره ۳ و ۴- دو کنیز عبدالله بن خطل. (اسامی دو جاریه فوق بنابر نقل یعقوبی «قریبه» و «فرتنا» می باشد). (یعقوبی بی تا همان، ج ۲، ص ۵۹ و ۶۰).

بنابراین افراد فوق که دستور قتل آنها در برخی از تواریخ ذکر شده، حتی اگر صحّت این نقل‌ها را بپذیریم، اولاً: همگی در مبارزه با پیامبر و ایجاد آتش جنگ علیه مسلمانان دخالت داشته، بلکه جزو مهره‌های اساسی بوده‌اند.

و ثانیاً: دستور کشتن آنها به خاطر ارتداد نبوده است؛ زیرا بعضی از اینان به کفر خود باقی بودند، مانند حویرث بن نقیذ که در مکه پیامبر را بسیار اذیت می‌کرد و با کلمات زشت و وقیح به آن حضرت توهین می‌کرد؛ (یعقوبی، بی تا، همان، ج ۲، ص ۵۹ و ۶۰؛ و نک: مقریزی ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۳۹۹).

دسته سوم: موردی است که گفته شده فقط به خاطر ارتداد دستور قتل او توسط پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم داده شده است.

دسته چهارم: کسانی که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم یا زنان آن حضرت و مسلمانان را هجو کرده و علیه مسلمانان تدارک جنگ می‌کردند. از جمله

۱- ابو عفک یهودی. وی شاعر بود و مداوم پیامبر (ص) را مورد هجو و هتک قرا میداد و مسلمانان را آزار و اذیت میکرد. مردم به تحریک و تشویق علیه پیامبر (ص) بسیج می‌کرد. لذا سالم بن عمیر نذر کرد که او را بکشد یا در این راه کشته شود و سرانجام موفق شد و او را کشت. (دیار بکری بی تا، ج ۱، ص ۴۰۸؛ و نک: واقدی ۱۴۰۹ق همان، ج ۱، ص ۱۷۴ و ۱۷۵).

۲- عصماء دختر مروان وی پس از قتل ابو عفک پیوسته اظهار مصیبت می‌نمود و علیه اسلام و مسلمانان عیب‌جویی و بدگویی را شروع کرد و انصار را به خاطر پیروی از پیامبر سرزنش می‌کرد و چون طبع شعر داشت با اشعار خود پیامبر را مورد هجو و توهین قرار می‌داد و این عمل را تا بعد از جنگ بدر ادامه می‌داد. سپس شبی عمیر بن عوف به خانه او رفت و او را کشت. (دیار بکری، ج ۱، ص ۴۰۶ و ۴۰۷؛ و واقدی ۱۴۰۹ق همان، ج ۱، ص ۱۷۲ و ۱۷۳).

#### ۸- مفهوم غدر

مجمع البحرین، غدر را به معنای «ترک وفا و نقض عهد» تعریف کرده است. تحریم غدر، براساس نظر صاحب جواهر، اجماعی و بدون مخالف است. دلایل آن، علاوه بر قبح ذاتی و ایجاد تنفر و بدبینی مردم از اسلام که دلایلی عقلی هستند، روایاتی است که در کتب معتبر، وارد بوده و مورد استناد فقهاست. (نجفی الاصفهانی ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۲۱، ص ۷۸).

## ۸-۱- رابطه غدر با اقدامات تروریستی

یکی از ضروری‌ترین روابط بین انسان‌ها روابط حقوقی است که با انعقاد پیمان، تبلور می‌یابد. بقای جامعه انسانی مبتنی بر وجود امنیت در این قبیل روابط است و لازمه چنین امنیتی، امکان اعتماد انسان‌ها به یک دیگر است. از جمله قراردادهای مورد قبول اسلام در رابطه با غیرمسلمین، پیمان صلح و مهاده (قرارداد ترک مخاصمه و آتش بس) و نهاد امان است که عمل بدان، طبق ضوابط شرعی، لازم بوده و تا وقتی، طرف مقابل، اقدامی علیه آن مرتکب نشده است، پای‌بندی به آن واجب است.

-خروج: در لغت به معنای بیرون شدن و بیرون آمدن و طغیان کردن و سرکشی و عصیان و قیام کردن آمده است.. پس خروج لغتی است به معنای بیرون شدن. (دهخدا، ۱۳۷۷ش، ذیل واژه خروج). بنابراین، مراد از خروج بر عبارت است از آن که فرد یا گروهی بدلائل و اغراض ستیزه جویانه و از روی عناد و بر اساس توجیهات باطل در برابر حاکم عادل اسلامی اقدام به قیام و شورش نمایند و از اطاعت او سرپیچی نمایند.

## ۹- کودتا

واژه «کودتا»، به فرانسوی «*coup d'état*» از زبان فرانسوی وارد زبان فارسی شده است؛ و به معنی «ضربه ناگهانی به دولت» است. تا چندی پیش تصور بر این بود که تنها ضربه ناگهانی نظامیان به دولت مستقر می‌تواند فراهم کننده کودتا باشد. با این حال موسسه‌های نظریه پردازی غربی و سازمان‌های خصوصی وابسته به سرمایه داران بزرگ صهیونیستی، نشان داده‌اند، می‌توان همان تعریف عام «هر ضربه ناگهانی به دولت» را از جانب «تعدادی از افسران و متنفذان سیاسی، نظامی و اقتصادی به همان معنای کودتا حمل کرد.

کودتاها معمولاً توسط طراحان با اهداف از پیش تعیین شده و صرفاً با پیام خشم و برخورد نظامی و توسط افراد شاخص و محدودی که به خشونت و سفاکی و تندخویی معروفند صورت می‌گیرد.

بنابراین کودتا از جمله پدیده‌های شوم دفع حاکم است. بنظر میرسد در اسلام عناوینی چون فتنه و شورش و خیزش دفعی پنهانی و غیله و فتک را تاحدودی بتوان با آن همسودانست.

کودتا سرنگونی ناگهانی و خشن دولت یا حکومت وقت توسط گروهی کوچک است. پیش‌نیاز اصلی یک کودتا، کنترل تمام یا بخشی از نیروهای مسلح است. برخلاف انقلاب که معمولاً توسط

عده زیادی از مردم که برای تغییرات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی به وقوع می‌پیوندد. کودتا تغییر در قدرت از بالا است، که صرفاً به جابجایی شخصیت‌های سیاسی حاکمیت می‌انجامد.

یک کودتا به ندرت بر سیاست‌های بنیادین اقتصادی و اجتماعی یک کشور تأثیر می‌گذارد. در دو سده اخیر کشورهای زیادی در آسیا، قاره آفریقا و آمریکای لاتین کودتا را تجربه کرده‌اند.

اخیراً اصطلاحات فراوانی مانند توطئه و فتنه و فعالیت تبلیغی علیه نظام و حاکم؛ نفوذی و جاسوس و امثال اینها در ادبیات سیاسی باب شده که تبیین و بحث مفصل در مورد آنها فرصتی دیگر را می‌طلبد.

#### ۱۰-منتقد

کسی است که رفتار حاکم و نظام حکومتی او را مورد تجزیه و تحلیل قرار میدهد و نقات قوت و ضعف سیستم حاکمیتی را به تصویر می‌کشد. کارنقاد فی نفسه تبیین حقایق و کشف واقعیات می‌باشد. نقاد به روشنگری و شفاف سازی عملکرد حاکم و مجموعه کارگزاران حکومتی می‌پردازد. البته نقد باید واقع بینانه و منصفانه و بدور از حب و بغض ها و ترفندهای سیاسی و جناحی باشد، بلکه باید در جهت حل معضلات و مشکلات و تقویت مخاسن و کاهش عيوب و نارسایی های صورت گرفته باشد و نباید به تخریب و تضعیف حاکم عادل و نظام حکومتی منجر نشود. بلکه منتقد می‌بایست چون ناصحی امین و ناطقی صریح و مشفق انجام وظیفه کند.

#### ۱۱-معترض و مخالفت سیاسی (اپوزیسیون)

عبارت است از شخص یا اشخاصی که نسبت به عملکرد حاکم و شیوه حکمرانی او ایراد و اشکال دارد و ناراضیاتی خویش را با تظاهرات و قیام های آرام و مسالمت آمیز مدنی در قالب تظاهرات و راهپیمایی خیابانی و تخصص و همایشها و یا ایراد نطق در خیابان ها و میادین شهر ها و روستا ها ابراز می‌کنند.

#### ۱۲-معاند (خصم و دشمن)

مراد از معاند کسی است که با انگیزه عقیدتی و سیاسی علیه حاکم و نظام اسلامی بالمباشره یا بالتسبیب اقدام یا دعوت به شورش و قیام و نافرمانی نماید و با این تعریف معاند منصرف از باغی است و شامل کودتا گران و براندازان می‌شود. در نگاه معاند نظام سیاسی حاکم مشروعیت ندارد و می‌بایست تغییر کند.

### ۱۳- نتیجه تحقیق

دانستیم جرایم و پدیده های مخل نظام اجتماعی بشر برخی جنبه شخصی دارند، یعنی متعارض و متزاحم با حقوق اشخاص و افراد جامعه اند و ارتباطی با کل جامعه ندارند. مانند قتل، سرقت، قذف، و... و برخی جنبه عمومی دارند و درارتباط با کل جامعه و مصالح اجتماعی هستند و مستقیماً بر مصلحت عموم افراد جامعه و سازمان های اجتماعی اثر نامطلوب می گذارند. مانند جرایم جعل اسکناس، جاسوسی، شورش و قیام مسلحانه، سرقت و راهزنی مسلحانه، قاچاق کالا و انسان، کودتا، فتنه، توطئه و تحریک به تمرد و نافرمانی مدنی و بغی و قیام و خروج علیه حاکمیت موجود و محاربه و قتال و مبارزه و مقاومت و افساد فی الارض و دهها مصداق دیگر. اینها از جمله پدیده های مجرمانه و جرایمی است که از آنها به عنوان جرایم علیه امنیت ملی و مصالح اجتماعی و مخل نظام اجتماعی و امنیت و آرامش و آسایش عمومی نام برده می شوند. البته امروزه جرایم پیچیده تر و بسیار حرفه ای تر از گذشته ارتکاب می بایند و به مراتب اثرات نامطلوب تری بر فرد و جامعه می گذارند. مهمتر آنکه برخی از آنها به لحاظ مفهومی و قلمرو دارای ابهام بوده و احیاناً تداخل می بایند و مرز تفکیکی و عناصر و ارکان مادی و معنوی آنها از حیث حقوق کیفری اسلام بسیار حایز اهمیت است. با این توصیف ضرورت آشنایی و تبیین مفهوم و قلمرو و ارکان و ابعاد این جرایم برای اهل فن و حتی آحاد جامعه برکسی پوشیده نیست. بر همین اساس پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی-توصیفی ضمن احصاء و تبیین مفهومی، برخی از مهمترین جرایم حوزه امنیت و آسایش عمومی البته با تکیه بر فقه و حقوق کیفری اسلام را مورد بررسی قرار داد و اهمیت و ابعاد تخریبی آنها را برای جامعه و اهل تحقیق روشن نمود.

بعنوان نمونه دانستیم ترور در لغت به معنی «ترساندن» است و در فرهنگ سیاسی جهان عبارتست از هرگونه اقدام خصمانه و مخفیانه ترس آور و رعب انگیز، علیه فرد یا افراد و جامعه هدف. اما تروریسم عبارت است از: «مجموعه اقدامات فردی و جمعی خشونت بار و انتحاری و تخریبگرانه که بصورت ظالمانه منافقانه و غافلگیرانه علیه افراد و شهروندان واقع می شود را اقدامات و یا عملیات تروریستی می نامند.»

آشکارترین تمایز ترور و تروریسم این است که هدف یک قاتل سیاسی یک شخصیت معین است و اسلحه برای از میان بردن او استفاده می شود، اما هدف یک اقدام تروریستی، گروهی است.

و اما در بیان تفاوت آن با محاربه، محاربه تنها در برگیرنده اقدامات تروریستی مسلحانه است و تنها این بخش از اقدامات تروریستی، قابل مجازات از باب محاربه است و حکم دیگر اقدامات

تروریستی از باب محاربه استخراج نمی‌گردد؛ افزون بر این، محاربه کنشی بر ضد امنیت اجتماعی است و هدف آن مردم است، در حالی که تروریسم، اقدامی بر ضد امنیت ملی و هدف پایانی آن دولت است. به همین سان مفاهیم بیوترریسم، بغی و جرم سیاسی و محاربه و تفاوت آنها با هم و مفهوم فتک و اغتیال و تفاوت آنها، غدر، کودتا و فلتنه، معارض و منتقد و مخالف و معاند آشنایی اجمالی یافتیم.

و اما در رابطه با راهکارها گفتنی است، از جمله مهمترین راهکارها و پیشنهادات و یا به تعبیری فواید این بحث آنکه اولاً در بعد نظری برای اهل علم و تحقیق آنها را مدد می‌رساند تا در مناقشات علمی و تبیین محل نزاع، مراد از مفهوم متنازع فیه را می‌دانند که چیست، و حد و مرز آن کجاست! و آنها را در پایش و رصد فرایند بحث مدد می‌رساند. در بعد اجتماعی به قانونگذار کمک می‌کند تا در تدوین گزاره های قانونی و بکارگیری واژه ها و مفاهیم در متون قانونی برای انتظام امور با طیب خاطر اقدام به تقنین نماید. زیرا یکی از معضلات قانون نویسی اشراف بر مفاهیم پایه و مورد استعمال در متون قانونی است. همینطور به قضات محاکم کمک می‌کند تا در مقام داوری و تطبیق مواد و مفاهیم مستعمله در متون مورد استناد قانونی بر مصادیق خارجی و افراد، مردد نباشند و ابهامی در کار نباشد و امر بر آنها مشتبّه نشود.

## منابع و مأخذ

- قرآن کریم
- الف- منابع فارسی
- البخاری؛ محمد بن إسماعیل بن إبراهيم بن المغيرة البخاری، أبو عبد الله، ۱۴۱۴، صحیح البخاری، دار ابن کثیر، بیروت
- ابن همام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، ۱۴۱۵ق. شرح فتح القدير على الهدایه، دارالکتب العلمیه، بیروت
- انصاری، مرتضی، ۱۴۰۷ هـ. ق ۱۳۶۵ هـ. ش. فرائد الاصول و هو رسائل، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- انصاری، مرتضی، ۱۳۹۲، کتاب المکاسب، ج ۳، ناشر دارالحکمه، تهران
- انصاری، مرتضی ۱۴۱۵. کتاب النکاح، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم
- امامی، حسن، ۱۳۹۱، حقوق مدنی، ج ۵، ناشر اسلامی، تهران
- امام مالک بن انس، ۱۴۱۱ق، المدونه الكبرى، ج دوم، دارالفکر، بیروت
- بیروت: محمدحسن، ۱۳۹۱، وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعة؛ دار احیاء التراث العربی، بیروت
- حنبلی، ابوالفرج عبدالرحمن ابن رجب، ۱۴۱۳ق، القواعد فی الفقه الاسلامی، دارالکتب العلمیه، بیروت
- شبیری زنجانی، سید موسی ۱۴۱۹. کتاب النکاح، موسسه پژوهشی رأی پرداز، قم
- شراره، عبدالجبار احمد، ۱۳۸۰، نظریه نفی الضرر فی الفقه المقارن الاسلامی، رابطه الثقافة، و العلاقات الاسلامیه، ترجمه و نشر، تهران
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳، مسالک الافهام، ج ۵، بهمن، قم
- شهیدثانی، الروضة البهیة، ۱۳۸۶ق، ج ۵، انتشارات دآوری - قم
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۱۰ق، الخلاف، ج ۱، چاپ دوم، مؤسسه النشرالاسلامی، [بیتا]، قم
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ناشر بهمن برنا، تهران
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۹۶، قواعد فقهیه، ج ۲، چاپ دوم، مطبعة الامام علی ابيطالب علیه السلام، تهران
- موسوی الخمينی، روح الله، ۱۴۲۲. استفتانات، چاپ سوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم
- محقق حلی، مختصرالنافع فی فقه الامامیه، ۱۴۱۰ق، چاپ سوم، ناشر: قسم الدراسات الإسلامیة فی مؤسسه البعثة، تهران
- مقاله
- کرمی محمد تقی و همکاران، ۱۳۹۰، تاثیر لاضرر بر حکم نشوز و شقاق زوجین، مطالعات راهبردی زنان بهار، شماره ۵۱
- ۵۱
- مروری بر شرایط حقوق زنان برای طلاق»، روزنامه همشهری، مورخ ۷۹/۵/۱۲
- مشکل اصلی زنان اثبات عسر و حرج در دادگاه است»، مجله زنان، شماره ۶۵، تیرماه ۷۹.
- ج- پایگاههای اینترنتی
- ۳۱- [www.lankarani.net](http://www.lankarani.net)
- ۳۲- [www.hoqouq.com](http://www.hoqouq.com)
- ۳۳- [www.pezeshkonline.ir](http://www.pezeshkonline.ir)



# سیر تطور تقنینی خسارت معنوی ناشی از بزهکاری در حقوق کیفری ایران با چشم اندازی به پرونده های جنایی

دکتر امین امیریان فارسانی  
استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، اصفهان، ایران.



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۱.۱۸ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۱.۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۵.۲۳

## چکیده

ضرر و زیان ناشی از جرم عبارت است از زبانی که عمل مجرمانه بر دیگری (مجنی علیه، ورثه یا کسان او) وارد می گردد. متضرر از جرم پس از آنکه در مقام شاکی خصوصی شکایت خود را در مرجع قضایی (دادسرا یا دادگاه) طرح کرد حق دارد برای جبران خسارت و صدماتی که مستقیماً به واسطه ارتکاب جرم به او وارد شده از مقام قضایی درخواست جبران خسارت کند. در نظام های قضایی که دادگاههای حقوقی و کیفری در رسیدگی به دعاوی در صلاحیت خود به صورت تخصصی عمل می نمایند اصل بر این است که مرجع حقوقی به دعاوی مدنی و مراجع کیفری به دعاوی کیفری رسیدگی می نماید. اما گاهی مرجع کیفری به طور استثنایی امکان رسیدگی به دعوی حقوقی را پیدا می کند. در حقوق ایران نیز با توجه به این که دادگاه های حقوقی صرفاً به امور حقوقی و دادگاه های جزایی فقط به امور کیفری رسیدگی می نمایند از اصل تخصصی بودن رسیدگی به دعاوی پیروی شده است بر همین مبنا در خصوص رسیدگی به دعاوی مربوط به ضرر و زیان ناشی از جرم در ضمن رسیدگی به امور کیفری بعلت ابهام و اجمال و مواد اصلاح شده قانون آئین دادرسی کیفری در این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است سعی بر آن است ضمن بررسی و تبیین مفهوم و ماهیت ضرر و زیان ناشی از جرم، به بررسی سیر تحول تقنینی دعوی ضرر و زیان در دادگاه های کیفری و رویه قضایی بپردازد.

واژگان کلیدی: خسارت ناشی از بزهکاری دعوی خصوصی، جبران خسارت، رویه قضایی، حقوق

کیفری ایران.

## The course of legal development of moral damage caused by delinquency in Iranian criminal law with a perspective on criminal cases

### Abstract

The damage caused by the crime is the damage caused by the criminal act to another person (the victim, his heirs or his dependents). The victim has the right to request compensation from the judicial authority for the damages and injuries directly caused to him by the commission of the crime. In the judicial systems where the legal and criminal courts act in a specialized way in dealing with claims in their jurisdiction, the principle is that the legal reference deals with civil claims and the criminal reference deals with criminal claims. But sometimes the criminal reference finds the possibility of dealing with the legal claim as an exception. In Iranian law, due to the fact that legal courts deal only with legal matters and criminal courts deal only with criminal matters, the principle of specialization in dealing with claims has been followed, on the same basis, in dealing with claims related to damages. In this research, while dealing with criminal matters due to the ambiguity and summary and the amended articles of the criminal procedure law in this research, which is done with a descriptive-analytical method, an attempt is made to investigate and explain the concept and nature of the harm caused by the crime, investigate the progress of the legal development of damage claims in criminal courts and judicial procedures.

**Keywords:** : damage caused by wrongdoing, private lawsuit, compensation, judicial procedure, criminal law of Iran

## مقدمه

موضوع این بررسی، خسارت معنوی است که در نظام قانونگذاری ایران در سال ۱۳۰۴ برای نخستین بار در ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی مبلغ ۵۰۰ ریال برای جبران خسارت معنوی پیش‌بینی گردید. سپس قانون اصلاح برخی از مواد آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۳۲ به خسارات معنوی اشاره نمود. در سال ۱۳۳۹ نیز قانون مسئولیت مدنی به تصویب رسید و قواعد عام و قابل ملاحظه‌ای به ویژه برای مطالبه و جبران خسارات معنوی مقرر شد. اما در سال ۱۳۶۲ کمیسیون شورای عالی قضایی و در سال ۱۳۶۴ شورای نگهبان با جبران مادی خسارات معنوی مخالفت نمودند. با توجه به تأکید فراوان دین مبین اسلام بر کرامت و شئون معنوی انسان و همچنین تأکید بر جبران ضررهای وارده به اشخاص که قواعد فقهی نظیر لاضرر، غرور و تسبیب بیانگر آن هستند، می‌بایست به تدوین قواعدی در خصوص جبران خسارت معنوی به ویژه از طریق مادی پرداخت. صرف الزام فاعل ضرر معنوی به عذرخواهی و یا درج رأی صادره از محاکم مبنی بر برائت و امثال آن، کافی به نظر نمی‌رسد. جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت خسارت به زیان‌دیده، می‌تواند دست‌کم بخشی از تألمات روحی وی را کاهش دهد و از سوی دیگر مکافات و تنبیهی برای مرتکب یا مسبب و همچنین تحذیر دیگران باشد. با این حال خسارت دو گونه است: مادی و معنوی. خسارت معنوی به سه شاخه تقسیم می‌شود.

## سیر تطور قانونی خسارت ناشی از جرم

تا قبل از تصویب قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور ماه ۱۳۱۸ قوانین و مقررات خاصی راجع به عدم النفع وجود نداشت. و رویه محاکم تحت تأثیر نظرات فقهی جمعی از بزرگان فقهیان (مشهور) مبنی بر مخالفت با جبران خسارت ناشی از عدم النفع یکدست و واحد نبود. آنانی که اعتقاد به جبران نمودن آن داشتند با استناد به برخی از قوانین متفرقه و استفاده از وحدت ملاک آنان رأی صادر می‌کردند اما پس از تصویب قانون آئین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ صراحتاً عدم النفع ضرری قابل جبران تلقی گردید و مقررات مربوط به قابلیت مطالبه خسارت مزبور در راستای نیازهای اقتصادی و مقتضای زمان توسعه بیشتری یافت؛ به گونه‌ای که خسارت عدم النفع ناشی از محرومیت شغلی و حتی خسارت معنوی را نیز در بر گرفت. لذا این مبحث را در دو بند قوانین و مقررات قبل از سال ۱۳۱۸ و قوانین تدوین شده بعد از سال ۱۳۱۸ بیان می‌نمائیم:

قوانین قبل از سال ۱۳۱۸

از جمله این قوانین می توان به ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب تیر ماه ۱۳۱۰، شق ۱۵ ماده واحده قانون متمم دیوان کارکنان دولت مصوب ۱۳۰۸ و نیز ماده ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب تیر ماه ۱۳۰۹ اشاره نمود:

الف) شق ۱۵ از ماده واحده قانون متمم دیوان کیفر کارکنان دولت مصوب آبان ماه ۱۳۰۸

مستخدמי که مورد تعقیب واقع شده و پس از رسیدگی نسبت به آنها قرار منع تعقیب یا حکم قطعی تیرئه صادر گردیده ... حقوق مدتی را که بواسطه تعقیب نگرفته اند دریافت خواهند داشت. «در این ماده گر چه به عدم النفع صراحتاً هیچ گونه اشاره نشده است اما محرومیت از حقوق ایامی که مستخدم دولتی به علت تعقیب کیفری که از دست دادن نفعی مسلم و قطعی است و از مصادیق عدم النفع به شمار می رود، که مورد نظر قانونگذار قبل از سال ۱۳۱۸ قرار گرفته و بر اساس وحدت ملاک همین ماده قضاتی که قائل به پرداخت خسارت عدم النفع بودند مبادرت به صدور رأی می نمودند.

ب) ماده ۳۷ قانون تسریع محاکمات مصوب تیر ۱۳۰۹

این ماده مقرر می دارد: «در دعاوی که موضوع آن استرداد عین بوده و مدعی مطالبه اجرت المثل و یا خسارت ناشی از تنزل قیمت نماید و همچنین در مواردی که موضوع دعوی وجه نقد نیست محکمه میزان خسارت را پس از محاکمه رسیدگی و معین می نماید.» همچنان که در این ماده ملاحظه می گردد خسارت ناشی از تنزل قیمت که یکی از مصادیق عدم النفع می باشد قابل جبران شناخته شده است.

الف) ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب تیر ماه ۱۳۱۰

در این ماده آمده است: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای جزائی در دعاوی مربوط به اختراعات و علائم تجارتي مطالبه می شود خسارت شامل ضررهای وارده و منافی خواهد بود که طرف از آن محروم شده است.»

در این ماده خسارت عدم النفع با صراحت مضمون تلقی شده است. چرا که با گذشت زمان قانونگذار شناخت بیشتری نسبت به خسارت مزبور و ضمان آور بودن آن پیدا کرده است. با این

وجود، تنها پس از تصویب قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بود که تقویت منفعت بنحو بسیار روشنی قبل جبران دانسته شد و مقررات مربوط به قابلیت مطالبه خسارت عدم النفع و نیز خسارت معنوی با تصویب قوانینی هم چون ماده ۹ قانون آئین دادرسی کیفری و نیز قانون مسئولیت مدنی توسعه بیشتری یافت.

قوانین بعد از سال ۱۳۱۸

این قوانین شامل ماده ۷۱۸ قانون آئین دادرسی مدنی - ماده ۴. آ. د. ک - بند ۲ ماده ۹ ق. آ. د. ک، ج، و ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی و نیز اطلاق ماده یک این قانون و نیز ماده ۱۳۵ قانون مجازات عمومی سابق می‌گردد.

#### الف- ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور ۱۳۱۸

قسمت پایانی این ماده چنین اشعار می‌دارد که: «... ضرر ممکن است بواسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.»

هرچند که در این ماده تقویت منفعت باصراحت ضمان آور دانسته شده، اما در ماده مذکور فقط عدم النفع ناشی از عدم انجام تعهد مورد تصریح واقع شده، و در مورد عدم النفع ناشی از تجاوزات مالی، تصرف عدوانی و سایر جرائم ذکری به میان نیامده است و حتی عدم النفع ناشی از غضب موضوع ماده ۳۰۸ قانون مدنی را شامل نمی‌گردد. و در قانون مدنی نه تنها عدم النفع به سکوت برگزار شده است، بلکه با مقرر داشتن قیمت یوم الاداء در غضب نوسانات ناشی از تنزل قیمت نادیده گرفته شده و به طور ضمنی با ضمان ناشی از عدم النفع مخالفت گردیده است.

#### ب- ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴

در این ماده آمده است: شاکی می‌تواند جبران تمام ضرروزیان های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند، به عبارتی دیگر طبق ماده ۱۴ ق. آ. د. ک امکان قابلیت مطالبه خسارت ایام یازداشت وجود دارد و اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی و دادرسی به هرعلتی بازداشت میشوند و از سوس مراجع قضائی حکم برائت یا قرار منع تعقیب در مورد آنان صادر شود با رعایت ماده (۱۴) همان قانون خسارت ایام بازداشت را از دولت مطالبه کنند اما با رجوع به ماده (۹) قانون آئین دادرسی کیفری سابق که تصریح میدارد؛ شخصی که از وقوع جرمی متحمل ضرر و زیان می‌شود و به تبع ادعای دادستان مطالبه ضرر و زیان می‌کند مدعی خصوصی است... ضرر و زیانی که قابل مطالبه است بشرح زیر است:

... منافع که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرمی مدعی خصوصی از آن محروم شده است.»

بنابراین کسی که دیگری را مجروح نموده و یا این دلیل مجنی علیه بعلت بستری شدن متحمل مخارج درمان می گردد و مدتی نیز بواسطه بیماری از کار و دریافت حقوق محروم می ماند، بر اساس این ماده می تواند منافع فوت شده را در مدت زمانی که محرومیت کشیده است، مطالبه و دریافت نماید. و با توجه به اینکه توقیف و بازداشت دیگران بدون مجوز قانونی جرم محسوب می شود، بنابراین جبران خسارت ناشی از تفویض اجور کسب می شود، بنابراین جبران خسارت ناشی از تفویض اجور کسب و کار توقیف شده نیز به عنوان خسارت ناشی از جرم محرز و مسلم بوده، استدلال و عقاید کسانی را که حبس صنعتگر را در صورت عدم استیفاء منفعت از وی ضمان آور نمی دانند، متزلزل می نماید. حتی لزوم جبران منافع فوت شدن ناشی از توقیف و بازداشت بدون جهت افرادی که بی گناه در اثر اقدامات احتیاطی پلیس یا قرارهای قضائی بازداشت شده و بعدها بیگناهی آنان ثابت و برائت حاصل نموده اند، نیز از این ماده استنباط می شود

بدیهی است در صورت تقصیر یا قصور مقامات مذکور خود آنان شخصاً مسئول جبران خسارت وارده بود و الا از بیت المال پرداخت می شود و در صورت نداشتن سوء نیت هر چند جرم تلقی نمی شود اما شبهه جرم به آن اطلاق می گردد.

#### ج- بند ۲ ماده ۱۴ ق. آ. د. ک. ج با کمی تغییر نسبت به بند ۳ ماده ۹ ق. آ. د. ک. مصوب ۱۳۱۸

ماده قانون مذکور چنین مقرر می دارد: «... ۲، منافع ممکن الحصول اختصاص به صدق اتلاف داشته و همچنین مقررات مربوط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی که شامل تعزیرات منصوص شرعی و مواردی که دیه پرداخت میگردند نمیشود.» در این ماده خسارت عدم النفع و تفویض منفعت فوت شده ضمان آور تلقی شده و جواز مطالبه آن صادر گردیده است.

#### گفتار دوم: رویه قضایی در خصوص پرداخت غرامت و خسارت معنوی

در ایران رویه قضایی قبل از انقلاب اسلامی دادگاهها در مورد جبران زیان معنوی به صورت پرداخت مبلغی به بازماندگان متوفی یا برای جبران حیثیت از دست رفته حکم صادر می نمودند. اما پس از انقلاب اسلامی و با تصویب قانون حدود، قصاص، دیات، تعزیرات اسلامی به مسئله زیان معنوی و جبران خسارت ناشی از آن با تردید نگریسته لیکن با این وجود آرای در این زمینه وجود دارد. که به ذکر چند نمونه از آراء صادره می پردازیم. یکی از نمونه آرای که در این خصوص صادر

گردیده، رأی شماره ۹۸۴ مورخ ۱۲/۵/۷۶ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی تهران در پرونده‌های کلاسه ۱۱۹/۷۶ و ۳۱۴۲/۷۵ می‌باشد. موضوع این پرونده‌ها رسیدگی به اتهام سه نفر به نام‌های محمد ج، حمید رضا خ، و حمید ج دائر بر اسید پاشی به صورت دو دختر معصوم ۹ ساله و ۱۷ ساله است. که منجر به ایجاد جراحات و عمیق در نواحی صورت و از بین بردن کامل زیبایی چهره نامبردگان گردیده است. در قسمتی از این رأی پس از صدور رأی قصاص در مورد متهم ردیف اول و پرداخت دیه وارث چنین آمده است: «... و در خصوص صدمات وارده بر چشم و نقصان بینایی و احتمال کوری چشم و در خصوص تأثیر جنایت درحالات روحی مصدوم و امکان بروز اختلالات رفتاری... نظر به اینکه اظهار نظر در خصوص هر یک از موارد مذکور مستلزم طی دوره‌های درمان و معاینات بعدی و اظهار نظر کارشناسی مجدد است و فی الحال اظهار نظر قضایی میسر نیست لذا پرونده در این خصوص مفتوح خواهد بود. اگر چه در زمان صدور رأی بر جبران خسارت معنوی رأی صادر نگردیده ولی پرونده تا انجام کارشناسی و برآورد خسارت به تعبیر دادگاه تا تأثیر جنایت در حالات روحی و اختلالات رفتاری مفتوح مانده است و چون قرار کارشناسی از قرارهای اعدادی است و هنگامی که دادگاه در خصوص تعیین خسارت موضوع را به کارشناسی ارجاع می‌دهد طلیعه پذیرش این نوع خسارت و صدور رأی بر ترمیم این گونه زیان است. بنابراین با صدور این رأی به خوبی تغییر در رویه قضایی در پذیرش ضرر معنوی معلوم می‌گردد و این بدین جهت است که رویه قضایی ما با توجه به خطرات جدید ناشی از توسعه جامعه و نیز احساس نیاز جامعه و حمایت از اعضای آن، لزوم جبران این گونه زیان‌ها را به مراتب درآوردتر، زیان‌ناز و مستقیم‌تر از زیان‌های مادی است و جان و روح انسان‌ها را هدف قرار داده است و در عرف ضرر مسلم محسوب می‌شود، درک نمود و توسعه مفهوم ضرر و زیان را در این ارتباط پذیرا شده است (نقل از درخشان‌نیا، ۱۳۷۶، ص ۱۲۷ و ۱۲۶).

۲- نمونه دیگر رأی شماره ۱۴۹ مورخ ۲/۱۰/۶۸ صادره از دادگاه حقوقی یک تهران می‌باشد «که در خصوص دعوی خانم احترام به طرفیت شرکت خدمات هوایی آسمان به خواسته مبلغ پنج میلیون ریال خسارت مادی و معنوی ناشی از درگذشت فرزندش مرحوم خلبان عبدالله در جریان سانحه هوایی مورخه ۱۳۶۴/۲/۱۷ که خواهان مادر وارث منحصر به فرد مرحوم می‌باشد. بنابر دلالت اظهار نظر اداره استاندارد پرواز هوایی جمهوری اسلامی ایران مشتمل بر ۲۰ برگ گزارش واقعه و ۲۹ برگ ضمائم و مدارک و کروکی تحقیقات مربوطه و به خصوص براساس مندرجات برگ ۲۵ و بعد اظهار نظر مذکور که حسب ماده ۱۳ قانون بازسازی قانون کارشناسان رسمی دادگستری دارای ارزش کارشناسی است، ضعف عملکرد و پانزده مورد تخلفات دیگر شرکت خواننده، علت مهم و

اصلی بروز حادثه بوده است و بر این اساس استنباط دادگاه اینست که تخلفات حرفه‌ای و نارسائیهای شرکت خواننده در تنظیم و تجهیز خدمات پروازی موجب بروز حادثه بوده است و نظر به این که عقیده کارشناس مورد بحث با حقایق قضیه تعارضی ندارد و اعتراض موجبی نسبت به آن نشده است. و نظر به اینکه ضرر و زیان علی‌الاصول مشتمل بر ضرر و زیان مادی و معنوی است و خواهان با از دست دادن تنها فرزندش از لحاظ روحی و عاطفی و معنوی شدیداً متألم و متأثر شده به علاوه حادثه ناگوار مزبور، سبب توجه خسارت مادی مربوط به تجهیز و تدفین و ترحیم و غیره نسبت به خواهان گردیده ارکان قانونی مطالبه‌ی خسارت که همان تخلفات شرکت خواننده و توجه خسارت به خواهان و وجود رابطه علیت بین آن دو می‌باشد ثابت و محقق است و دفاع موجبی هم از ناحیه خواننده به عمل نیامده. علیهذا، دعوی به نظر دادگاه ثابت تشخیص و مستنداً به مواد یک و دو قانون مسئولیت مدنی حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۵ میلیون ریال بابت ضرر و زیان مادی و معنوی و مبلغ ۵۶۷۵۰ ریال بابت هزینه دادرسی و دفتر در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد (کامیار، ۱۳۷۷، ص ۱۴۴).

۳- از جمله آراء دیگری که در این خصوص صادر گردیده رأی شماره ۳۱ مورخ ۷۹/۱/۱۵ صادر از شعبه دوم دادگاه عمومی شهرضا از توابع استان اصفهان می‌باشد. در سال ۱۳۷۸ آقای غ- ه دادخواستی به خواسته مطالبه خسارت معنوی ناشی از اعمال خلاف شرع مقوم به مبلغ سی میلیون ریال به طرفین ۱- خانم س- ذ ۲- آقای غ- ج تقدیم دادگاه عمومی شهرضا نمود که خواهان و خواننده ردیف اول در سال ۱۳۶۷ ازدواج و دارای دو فرزند پسر بوده که به لحاظ اعمال خلاف شرع خوانندگان متارکه و طلاق صادر شده است. با طرح دعوی نسبت به مطالبه دو دانگ از خانه پدر خواهان، خواننده اول با صدور اجرائیه، تقاضای انتقال رسمی داشته، خواهان اضافه می‌نماید امروز در عین جوانی به عنوان موجودی سر خورده و فلاکت زده، در انتظار آینده‌ای نامعلوم با دو فرزند مظلوم خود به زندگی ادامه می‌دهیم که توأم با افسردگی و خرابی روحیه، بطوریکه در اثر وضع روانی مجبور به مداوا نزد روانپزشک شده‌ام. به علاوه با توجه به انعکاس اجتماعی قضیه و روحیات عشایری خود فامیل در محل اداره و در جریان ایاب و ذهاب، مشکلات فکری و روانی دارم و... دادگاه با توجه به توضیحات اصحاب دعوی وکلای محترم و شرح دادخواست و گواهی پزشکی قانونی صادره‌ی اسفند ماه ۷۶ و مقررات مذکور در قانون اساسی و غیره راجع به خسارت معنوی، نظر به اینکه خواننده ردیف اول، با داشتن چند سال زندگی مشترک و دو فرزند با خواهان به حکایت پرونده کیفری استنادی همراه خواننده دوم مرتکب بزه‌ی شده که منجر به متارکه زوجین گردیده که به طور مسلم باعث لطمات روحی و روانی و اجتماعی برای خواهان بوده است. لذا دادگاه مستند

به مواد یک و دو و سه قانون مسئولیت مدنی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و اصل (اصول) ۲۲ و ۴۰ و ۱۷۱ قانون اساسی و با ملاحظه وضعیت خواندگان، متضامناً آن را به پرداخت مبلغ پانزده میلیون ریال در حق خواهان محکوم می‌نماید. مازاد خواسته محکوم به رد است...» همانطور که ملاحظه می‌گردد، در آراء مذکور جبران خسارت معنوی و صدور حکم بر آن پذیرفته شده است و رفته رفته رویه قضایی به این واقعیت که زیان معنوی نباید بدون جبران باقی بماند، نزدیک‌تر می‌شود. هر چند همان اشکالی که مخالفین جبران زیان معنوی از طریق مابه‌ازاء مادی، عنوان نموده‌اند، در آراء مذکور مشهود است و جای این سؤال باقی است که چگونه و براساس چه ملاکی زیان معنوی اندازه‌گیری شده و جبران آن حکم صادر گردیده است، اما به هر حال صدور حکم به پرداخت مبلغی پول به عنوان خسارت معنوی برای زیان‌دیده خشنود کننده و تسکین دهنده است و برای هر مورد بنابر اوضاع و احوال و وضعیت خاطر همان مورد می‌توان مبلغی معقول در نظر گرفت تا دشواری اندازه‌گیری زیان معنوی مستمسک بلاجبران ماندن خسارت معنوی قرار نگیرد.

۴. در یک نمونه رأی دیگر در خصوص الزام خواندگان به جبران خسارت و ضرر و زیان معنوی و مادی خواننده دعوی با توجه به آنچه در حکم می‌آید محکوم به پرداخت خسارت معنوی می‌گردد که حکم مورد نظر عیناً در ادامه نقل می‌گردد.

در خصوص دعوی ایمان به طرفیت رضا و فریبا به خواسته الزام خواندگان به جبران خسارت و ضرر و زیان مادی و معنوی به مبلغ بیست میلیون ریال معادل دو میلیون تومان نظر به اینکه خواندگان به حکایت پرونده کیفری ۷۴/۷۲ مورد استناد (۱۱۸/۷۲ اجرای احکام) به اتهام عمل نامشروع غیر از زنا، رضا فرزند موسی به ۷۴ ضربه شلاق و سه ماه اقامت اجباری در شهرستان بندر عباس و فریبا فرزند علی به تحمل ۴۱ ضربه شلاق محکوم شده‌اند و حکم صادره قطعیست یافته و به مرحله اجرا در آمده است و نظر به اینکه آقایان هیئت کارشناسان حسب نظریه مورخ ۱۳۷۲/۰۲/۱۴ که مرکب از آقایان: غلامرضا پزشک قانونی سراب و غفور لیانسیه روان‌شناسی و میکائیل لیسانس جامعه‌شناسی پس از ملاحظه و بررسی محتویات پرونده و مشاهده وضعیت ظاهری و جسمی و روانی طرفین دعوی بعد از مشاوره با یکدیگر کل خسارت وارده به خواهان ایمان را از حیث مادی و معنوی علی‌الخصوص توجهاً به هتک حیثیت و شئون اجتماعی و فرهنگی ایشان به مبلغ پنج میلیون ریال معادل نیم میلیون تومان تعیین و برآورد کرده است لذا دادگاه توجهاً به مراتب فوق و نظریه آقایان کارشناسان خواندگان به خواهان در حق خواهان دعوی محکوم می‌نماید و رأی صادره ظرف بیست روز پس از رویت قابل اعتراض و رسیدگی تجدیدنظر می‌باشد (دادرس دادگاه حقوقی یک سراب).

### مبحث یکم: دیدگاه‌های موافق جبران زیان‌های معنوی از طریق مالی (پرداخت وجه)

باید اذعان نمود که هیچ وسیله‌ای مؤثرتر و کاراتر از پرداخت وجه یا انتقال مال با رعایت تناسب بین فشارهای روحی وارده و مابازاء مالی آن نمی‌توان به دست داد لذا:

اول: این طریقه جبران خسارات معنوی در نظام‌های حقوقی غرب که تجربه طولانی تری در این زمینه دارند جایگاهی وسیع یافته است. در این نظام‌ها قوای مقننه با تصویب قوانین متعدد و صریح روشهای مطلوبی را جهت جبران خسارات معنوی به روش مادی مقرر داشته‌اند. محاکم قضائی به ویژه دادگاههای عالی نیز بر ضرورت جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت پول یا اموال مادی پا فشرده‌اند (واینی، ۱۹۸۸، ص ۲۰۵) علاوه بر این‌ها محققین غربی تحقیقات جامع الاطرافی در این مورد انجام داده‌اند که به عنوان نمونه به یک مورد از این گونه تحقیقات اشاره می‌شود «کانیله» (همان، ص ۲۰۶) به هدف تعیین میانگین خسارات معنوی وارده بر افراد در رابطه با از دست دادن خویشاوندان نزدیک ناشی از ارتکاب جرائم در سال ۱۹۳۸ در یک بررسی آماری دقیق حقوقی قریب ۵۰۰ رأی صادره بین سالهای ۱۹۷۲ تا ۱۹۷۶ در دادگاههای استیناف شهرهای پاریس، زن، مونپلیه و نیم را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و چنین نوشته است: ... محاکم مزبور برای جبران غم و غصه ناشی از مرگ همسر به طور متوسط مبلغ ۲۴۸۶۲ فرانک فرانسه (میانگین حاصل از حداقل ۱۰ هزار و حداکثر ۸۰ هزار فرانک) و برای جبران عم و غصه ناشی از مرگ پدر یا مادر مبلغ ۳۹۶۴۸ فرانک (میانگین حاصل از حداقل ۱۰ هزار و حداکثر ۵۰ هزار فرانک) و برای جبران غم و غصه ناشی از مرگ یک فرزند مبلغ ۱۵ هزار و ۴۹۰ فرانک تعیین کرده‌اند.

دوم: نظام حقوق ایران در مواردی صریحاً و در مواردی تلویحاً بر این مطلب تأکید دارد. در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی پس از ذکر مصداقی بارز از خسارات معنوی آمده است: ... دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارات مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر... نماید» در این ماده به روشنی جبران مالی خسارات معنوی پیش‌بینی شده است، اما در مواد، ۱، ۲، ۸ و ۹ قانون مزبور و اصل ۱۷۱ قانون اساسی به طور ضمنی اشاره دارد مثلاً در سال ۷۱ آمده است: «... در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است».

سوم: بسیاری از صاحب‌نظران و حقوقدانان قویاً بر مؤثر بودن این طریقه (پرداخت وجه یا انتقال مال) صحه گذاشته و آن را به عنوان وسیله‌ای مناسب جهت جبران خسارات معنوی پذیرفته‌اند. در زیر به چند مورد آن اشارت می‌رود:

۱- شاید پرسابقه‌ترین نظر و عملکرد در این زمینه اقدام حضرت علی (ع) در واقعه‌ای باشد که طی آن یکی از سرداران اسلامی از چارچوب اختیارات خود تخطی نمود و تعدیاتی را بر عده‌ای از افراد روا داشت، حضرت علی (ع) مأمور جبران خسارات وارده بر این قوم می‌شود و طبق سوابق تاریخی موجود حضرت، عوض بیم و خوفی را که زنان و کودکان به دلیل تاخت و تاز اسبان تحمل کرده بودند می‌پردازد (ادریس، ۱۳۷۲، ص ۳۱۶). احمد ادریس می‌نویسد: «من فکر نمی‌کنم که هیچ کس در جواز تعویض در زیانهای ادبی (معنوی) از حضرت علی (ع) پیشی گرفته باشد» (همان، ص ۳۱۸).

۲- عاملی به نقل از کاپیتان می‌گوید: «پول مرهم بسیاری از دردها و متاعب است».

۳- عاملی در این زمینه می‌گوید: به نظر ما هر چند خسارت معنوی به هر مبلغی که تعیین شود نمی‌تواند کاملاً جبران صدمات معنوی و روحی وارده به زیان‌دیده را بنماید ولی چون راهی برای جبران صدمات مزبور نیست پرداخت خسارت معنوی به زیان‌دیده می‌تواند تا حدی موجب تسکین خاطر او گردد» (ذیل ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی).

۴- حسینی نژاد، می‌نویسد: «رویه قضائی در فرانسه هیچ‌گاه در ترمیم خسارت معنوی تردید نکرده است منتهی میزان مبلغی که در دعوی خسارت معنوی بدان حکم داده می‌شود معمولاً کمتر از میزان خسارت مادی است» (حسینی نژاد، ۱۳۷۰، ص ۷۰).

۵- کاتوزیان نیز می‌نویسد: «به نظر می‌رسد که مفاد اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز بحث درباره امکان صدور حکم به جبران خسارت معنوی با بیهوده می‌سازد و ضرر معنوی را در کنار زیانهای مادی قابل مطالبه اعلام می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۷۰).

۶- احمد سنهوری می‌نویسد: «جمهور فقهاء در عصر قائل به جواز جبران خسارت معنوی هستند... و در کشور مصر قوانین و رویه قضائی قائل به جواز جبران خسارت معنوی شده‌اند و در قانون مدنی جدید مصر بر این اصل تأکید شده است».

### مبحث دوم: اعاده وضعیت سابق یا روش عینی

در مواردی که امکان ترمیم عینی و اعاده وضعیت به حالت سابق وجود دارد، جبران خسارت از راههای دیگر غیر موجه می‌باشد؛ زیرا بهترین نوع جبران خسارت، ترمیم عینی است؛ مثلاً چنانچه حکم صادره که اشتباه به اجرا درآمده است، مبنی بر خلع ید از ملکی است، از وضع ید متصرف قبلی بر ملکی که بر مبنای حکم اشتباه قاضی از آن خلع ید شده است، می‌توان جبران خسارت

نمود. ضمناً مطالبه خسارت بابت ایامی که ذیحق در انتفاع از مال خویش محروم بوده است و جبران آن توسط مقصر مطابق قاعده تسبیب ممکن است.

با این حال اگر جبران خسارت به گونه‌ای باشد که وضعیت زیان‌دیده به شرایط قبل از وقوع خسارت بر گردد و زیان‌دیده در شرایطی قرار گیرد که هیچ اثری از خسارت وارده باقی نماند جبران به بهترین و کامل‌ترین نوع تحقق یافته، ولی در عمل به ندرت امکان دارد شرایط زیان‌دیده کاملاً به وضعیت سابق برگردد.

مراد از اعاده وضعیت به حال سابق، تنها استقرار مجدد وضعیتی نیست که پیش از ایراد خسارت وجود داشته است بلکه باید آن را به معنای استقرار وضعیتی دانست که در صورت عدم تحقق فعل زیان بار می‌توانست تحقق داشته باشد. براساس چنین تعریفی از اعاده وضعیت، نقش جبرانی وسیع‌تر و کامل‌تری از موقعیت موجود سابق، مورد توجه قرار می‌گیرد.

#### مبحث سوم: پرداخت غرامت کیفری و تنبیهی

چنانکه در فصل گذشته در زمینه کیفر خصوصی دیده‌ایم قاضی می‌تواند متناسب با جرم و وضع شخص متهم، نسبت به پرداخت غرامت از سوی زیانکار حکم کند. چه بسا بتوان آن را تحت عنوان «خسارت کیفری» تبیین کرد. این روش غالباً در مواردی قابل عنایت و عمل است که مرتکب فعل زیان‌بار آن را به صورت عمدی و با سوءنیت مرتکب شده باشد.

این نوع خسارت علاوه بر سایر خسارات در سیستم حقوقی فرانسه در مواردی تعیین می‌شود که ارتکاب جرم یا خطای مدنی همراه با عمد و سوءنیت باعث زیان دیگری شود. حکم به چنین خسارتی علاوه بر نقش کیفری و مجازات مجرم یا عامل زیان که باعث عبرت افراد دیگر و نقش بازدارنده دارد (سلطانی نژاد، ۱۳۸۰ص ۳۲۳).

#### نقد و بررسی خسارت معنوی در رابطه با پرونده هموفیلی‌ها

شروع پرونده هموفیلی‌ها به سال ۱۳۷۶ بر می‌گردد. افرادی به علت ابتلا به بیماری تالاسمی نیازمند دریافت خون و فاکتورهای خونی از تنها مرجع تأمین این نیاز یعنی سازمان انتقال خون و وزارت بهداشت بودند. برخی از این بیماران بعد از مدتی متوجه ابتلا به ویروس هپاتیت شدند و شکایت

کیفری علیه خواندگان مطرح کردند ولی دادگاه کیفری به دلیل عدم احراز سوء نیت قرار موقوفی تعقیب صادر کرد. با این همه طبق رأی وحدت رویه که در سال ۷۹ صادر شد رسیدگی به دعوی جبران ضرر و زیان ناشی از جرم حتی در صورت صدور حکم به براءت ممکن می‌بود لذا هر چند پرونده در دادگاه کیفری با حکم براءت هم رو برو می‌شد رسیدگی به جنبه‌های حقوقی آن کما کان امکان‌پذیر بود به همین علت خواهان برای جبران خسارات وارده در مجتمع شهید بهشتی تهران دعوی حقوقی طرح کرد و بدین ترتیب یکی از پرونده‌های بزرگ خسارت معنوی در ایران شکل گرفت. یکی از خواسته‌هایی که در دادخواست آمده بود جبران ضرر معنوی به صورت عذرخواهی خواندگان در جرایم بوده که اصلاً در دادنامه به آن توجه نشده نه صریحاً رد شده و نه مورد تأیید قرار گرفته است

همچنین مسئله مهم، بحث قابل مطالبه بودن هزینه‌های افزون بر دیه و ارش است که در این پرونده دادگاه بدوی به آن رأی داده و دادگاه تجدیدنظر هم آنرا تأیید کرده است. که در قانون جدید مجازات اسلامی ماده‌ای با این مضمون وجود دارد که: نسبت به دیه و ارش آثار و احکام ضمان قهری و مسولیت مدنی جاری می‌شود لذا سقفی برای جبران خسارت وجود ندارد و دیه تنها اماره‌ای است بر جبران خسارات زیان‌دیده که خلاف آنرا با قواعدی چون اتلاف و تسبیب می‌توان اثبات کرد همین طور به قانون مسولیت مدنی که نسخ نشده است.

در این پرونده فقط به جبران هزینه‌های درمانی که وجهی از خسارات مازاد بر دیه است رأی داده شده که البته بیش از این نیز در دادخواست تقاضا نشده بود ولی می‌توان موارد دیگری چون از دست دادن درآمد و افزایش هزینه‌های زندگی را به آن افزود همچنین ممکن است یک ضرر مساوی در دو نفر ایجاد شود که میزان دیه یا ارش آن دقیقاً مساوی باشد ولی به تشخیص پزشک یکی از آنان باید جراحی شودای بسا هزینه‌های جراحی از دیه بیشتر شود و عادلانه نیست این ضرر بدون جبران باقی بماند. با این حال همانطور که اشاره شد خسارت معنوی را می‌توان صدمه به منافع عاطفی و غیرمالی شخص دانست و آن را به سه قسم تقسیم کرد: ۱. خسارت جسمانی، ۲. خسارت روحی، ۳. خسارت شخصیتی. با لحاظ تقسیم‌بندی مذکور به بررسی نحوه ارزیابی آن‌ها در آرای صادره در پرونده می‌پردازیم.

### مبحث یکم: آرای صادره از شعبه ۱۰۶۰

درباره قسم اول، دادگاه با ارجاع امر به کارشناسی، ارش متعلق به هر یک از خواهان‌ها را تعیین کرد (این بخش را باید شامل آسیب بدنی نیز دانست). نسبت به قسم دوم نیز، ابتدا خواهان‌ها را بر

مبنای سن، مجرد و تأهل، تحصیلات، به ۱۵ دسته کلی تقسیم کرد (ایجاد ضابطه کلی) سپس با بهره‌گیری از نهاد حقوقی دیه و اتخاذ حداقل ۲۰ درصد و حداکثر یک دیه کامل (بر مبنای حداقل و حداکثر ارزش خسارت جسمانی)، با اعمال معیارهایی نظیر موقعیت اجتماعی، طلاق ناشی از آلودگی، کاهش یا حذف فرصت‌های ازدواج، از دست دادن شغل، افسردگی و... به تعیین خسارت روحی پرداخت. اعمال معیارهای مذکور از نکات مثبت و حایز اهمیت در این بخش بود که دادگاه با لحاظ آن سعی در به‌کارگیری ضابطه شخصی در تعیین خسارت کرد. گرچه به دلیل کثرت خواهان‌ها، امکان فردی کردن معیارها به معنای واقعی میسر نبود، لیکن دادگاه با تشکیل فرم‌های شخصیتی نسبت به خواهان‌ها، همچنان سعی در توجه به معیارهای شخصی و شرایط خاص ایجاد شده برای هر یک از آن‌ها، می‌نمود. درباره قسم سوم از خسارت، دادگاه با تعیین روش غیرمالی، الزام خواندگان به عذرخواهی را مورد حکم قرار داد. همچنین لزوم جبران خسارت مالی درباره هزینه درمان نیز لحاظ شد. کامل بودن جبران خسارت نسبت به هر سه قسم خسارت معنوی و اعمال ضابطه شخصی، به‌کارگیری روش مالی و غیرمالی به نحو توأمان (گرچه تاکنون عذرخواهی از خواهان‌ها بلااجرا مانده است)، از نکات قابل توجه در این بخش از آرا است.

#### مبحث دوم: آرای صادره از شعبه یک

آنچه ابتدا در این بخش از آرا جلب‌توجه می‌کند، نحوه استدلال دادگاه در پذیرش هزینه‌های درمانی است. که عموماً در رویه قضایی بر مبنای شایبه عدم مشروعیت خسارات مازاد بر دیه، مردود اعلام می‌شود. قاضی با استدلالی استوار، علاوه بر پذیرش خسارت وارد بر جسم (و خسارت معنوی جسمانی) با تعیین ارزش در قبال آن، خسارت تعیینی را از باب جنایت بر نفس یا مادون آن می‌داند و تعیین آن را بر اساس میزان و نوع جراحت دانسته و آن را مجزا از میزان هزینه‌های درمانی و از کارافتادگی که فی‌الواقع خسارتی است که به سبب صدمه بر مال شخص وارد شده نه جسم وی، تلقی کرده و الزام به جبران آن را مورد پذیرش قرار می‌دهد. درباره خسارت معنوی، نخست دادگاه آن را به دو بخش تقسیم می‌کند. که باید گفت، تفکیک اعلامی با تقسیم معمول خسارات معنوی منطبق نیست و روشن نیست در هر یک از دو بخش، کدام وجه از خسارت معنوی را مورد توجه قرار داده است. چه آنکه، به نظر می‌رسد، آنچه در بخش اول تقسیم، بیان کرده، همان خسارت معنوی جسمانی است که در بخش نخست رأی با تعیین ارزش، نسبت به جبران آن اعلام نظر کرده است و به نظر می‌رسد بخش دوم اعلامی در این تفکیک، خود شامل شق دوم و سوم خسارات معنوی می‌شود. که شاید مناسب‌تر آن بود که در تفکیک مذکور به مجزا کردن این دو بخش پرداخته و یک بخش از خسارت را تالمات و رنج‌های روحی و روانی ناشی از صدمه و بخش دیگر را

تالمات شخصیتی و اجتماعی ناشی از صدمه عنوان می‌نمود. البته، پس از تفکیک کردن خسارت معنوی به نحو مذکور، زیان معنوی را در این بخش از حالت شخصی ناظر به هر آسیب دیده خارج کرده و معیاری نوعی را ملاک عمل قرار می‌دهد و با ملاک و مبنا قرار دادن صدمه وارد بر نفس به تعیین خسارت معنوی معادل خسارت جسمانی می‌پردازد. در استدلال دادگاه آمده است: «برخلاف مقررات جاریه در نظام‌های حقوقی غیراسلامی که در تعیین خسارات وارده بر جسم، مواردی چون شغل، سن و علم و... را در نظر می‌گیرند، این موارد در تعیین خسارت بر نفس جایگاهی ندارد». در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که به درستی اشاره گردیده است، کلیه افراد بشر از جایگاه انسان به ما هو انسان، دارای ارزش و شأن همسانی بوده و از باب کرامت انسانی در جایگاهی برابر هستند. لیکن همان‌گونه که در رأی نیز آمده است، این امر از باب نفس و خون است و در تعیین خسارت بر نفس، موقعیت‌های اعتباری دارای جایگاه نیست. چنانکه در تعلق دیه در خسارات جسمانی نیز نسبت به اشخاص گوناگون میزان مشخص و ثابتی مقرر می‌شود. لیکن این تساوی در خسارات روحی و شخصیتی قابل تسری نیست.

در این خسارات نیز، حیثیت آدمی به لحاظ انسان بودن برابر است و این سبب تعلق خسارت به همه افراد می‌شود و این از آن جهت است که عدم پرداخت خسارت به اشخاص گوناگون را نفی کند. لهذا، از منظر تعلق خسارت، تساوی مطرح است، لیکن در بعد مقدار و میزان خسارت، با عنایت به تفاوت تالم پذیری روحی اشخاص و همچنین تفاوت شخصیتی و جایگاه اجتماعی آن‌ها، تساوی متفی است. چه آنکه حقوق از دست رفته آن‌ها در این بخش یکسان نیست، بنابراین میزان جبران نیز نباید برابر باشد و به نظر می‌رسد اعمال ضابطه شخصی در این بخش از خسارات با منطق حقوقی سازگارتر است. نکته قابل تامل دیگر در این آرا آن است که با وجود تفکیک ارایه شده، در تعیین خسارت مشخص نگردیده خسارت اعلامی پوشاننده کدام بخش از این خسارات است و آیا هر دو را شامل می‌شود یا یک بخش از آن (به نظر بخش دوم) مورد جبران واقع نشده است؟ شاید با عنایت به نحوه استدلال دادگاه در توضیح برابری وضعیت روحی و اجتماعی اشخاص، احتمال اول را بتوان اقوی دانست و خسارت مذکور را پوشاننده هر دو بخش دانست.

#### مبحث سوم: آرای صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

درباره برخی از آرای صادره از شعبه یک، ارسالی به مرجع تجدیدنظر، شعبه دوازدهم، ضمن تأیید ارش صدمه جسمانی و هزینه‌های متعارف درمان، درباره خسارات معنوی با اشاره بر لزوم جبران این خسارات، نسبت به آسیب‌های جسمانی و درد و رنج و تالمات روحی ناشی از آن، دیه یا ارش

را تنها وسیله جبران خسارت از سوی قانونگذار دانسته و دریافت مبلغی مازاد بر آن را به عنوان خسارت معنوی، مردود اعلام می‌دارد. در بررسی رأی مذکور باید گفت، گرچه در مقایسه با آرای پیشین، رأی حاضر با حذف بخشی از خسارت معنوی، به نوعی تضییع‌کننده حق است، لیکن با پذیرش اصل جبران خسارت معنوی، به نوعی در این خصوص قاعده‌سازی کرده است. به آن معنا که تدارک خسارت معنوی و طریق مالی جبران آن درباره آسیب‌های جسمانی و درد و رنج و تالمات روحی را مورد پذیرش قرار داده است. گرچه درباره جبران خسارت شخصیتی، عقب‌گرد کرده و این نوع خسارت را قابل مطالبه ندانسته است. در جمع آرای مذکور و اندیشه‌های متجلی در آن‌ها، شاید بتوان دو راه‌حل و تحلیل کلی را ارائه کرد:

۱. درباره خسارت معنوی ناشی از آسیب جسمانی آنچه تحت عنوان دیه یا ارش تعیین می‌شود، پوشاننده آسیب بدنی و خسارت معنوی جسمانی است و با پذیرش لزوم جبران خسارت معنوی به نحو کامل، درباره خسارات روحی و شخصیتی، با لحاظ کردن معیارهایی شخصی باید به تعیین خسارت پرداخت. مزیت تحلیل نخست آن است که اولاً مشخص می‌شود دیه پوشاننده آسیب بدنی (بدل از عضو فائت و نقص ناقص) و خسارت معنوی جسمانی (شامل: درد، قطع امید زندگی، بر هم خوردن تعادل یا از دست دادن توانایی و استعداد) است و اتخاذ ملاکی نوعی در این بخش قابل قبول و منطقی است. ثانیاً درباره خسارات معنوی روحی و شخصیتی با عنایت به تفاوت تالم‌پذیری اشخاص و همچنین یکسان نبودن شرایط روحی، اجتماعی، شخصیتی آن‌ها، پذیرش ملاک شخصی سبب واقعی‌تر کردن جبران خسارت می‌شود.

۲. می‌توان گفت، دیه پوشاننده زیان وارده بر جسم و جان است. به این معنا که زیان وارد بر جسم و رنج و تالمات روحی و روانی ناشی از آسیب جسمانی را شامل می‌شود لیکن ضرر وارد بر حیثیت (خسارت شخصیتی) را شامل نمی‌شود و این بخش از خسارات نیز، در صورت واقع شدن (که وقوع آن در پرونده‌های مذکور قطعی است) قابل مطالبه و جبران است و با لحاظ ضابطه شخصی می‌توان میزان آن را تعیین و با به‌کارگیری روش‌های مالی یا غیرمالی مناسب، حکم بر جبران آن کرد. مزیت تحلیل دوم را می‌توان قابل پیش‌بینی بودن میزان خسارت به لحاظ نوعی بودن معیار تعیین خسارت درباره خسارات جسمی و روحی دانست. همچنین موارد تعلق خسارت حیثیتی محدود گردیده و آسیب‌های غیرعمد را شامل نمی‌شود. ایراد وارد بر آن نیز آن است که تفاوت تالم‌پذیری روحی اشخاص در خسارات روحی لحاظ نمی‌شود. گرچه اتخاذ ملاکی ثابت و رعایت تساوی درباره ارزیابی خسارت معنوی سبب تسهیل و تسریع امر رسیدگی می‌شود، و همچنین دستیابی به ملاک و معیار برای ارزیابی این خسارات در تبدیل آن به غرامت مالی امری دشوار است،

لیکن نباید به سبب سختی دستیابی و اعمال معیارهای مذکور، آنها را منتفی دانست. البته نهایت نظر به اهمیت آرای صادره متن یکی از دادنامه‌ها (شعبه یک) عیناً در پی می‌آید.

### مبحث چهارم: بخشی از متن دادنامه شعبه یک درباره خسارت معنوی

... درباره شق دیگر خواسته خواهان مبنی بر مطالبه خسارت معنوی صرف نظر از اینکه وکیل خواهان در مقام مطالبه خسارت معنوی وارده به موکل خود از ذکر مصادیق وارده این نوع خسارت خودداری ورزیده است و هر چند از خسارت معنوی در تعاریف ارایه شده در نظام‌های حقوقی مختلف و کلام حقوقدانان بزرگ تعریف جامع و مانعی به لحاظ گستردگی وجوه متعدد این خسارت ارایه نشده است، اما اجمالاً می‌توان گفت این نوع خسارت به نحوی در برگرفته تمام خسارات وارده بر آزادی و حیثیت و اعتبار افراد و اشخاص و احساسات و عواطف خانوادگی و مذهبی، ملی و بعد غیرمالی آفریده فکری، هنری، علمی و صنعتی و... است اما آنچه در خسارت معنوی ناشی از آسیب و صدمه جسمانی بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد عبارت است از درد و رنجی که در نتیجه از دست دادن سلامتی جسمی پدید می‌آید و در فرض موضوع ابتلا خواهان به بیماری هیپاتیت C/ ایدز علاوه بر درد و رنج‌های جسمی وارده بر بیمار به لحاظ آلوده شدن به ویروس مذکور یک وجه دیگر قابل توجه است که شاید به نوعی از درد و رنج ناشی از خود بیماری روح و روان بیمار را تحت تأثیر جدی خود قرار می‌دهد. به عبارت روشن‌تر خسارت معنوی وارده ناشی از صدمه جسمانی دارای دو وجه است. الف) تالمات و درد و رنج‌های جسمی ناشی از ایجاد صدمه که ارتباط مستقیمی با جسم بیمار دارد، ب) تالمات روحی و روانی ناشی از صدمه که ارتباط مستقیمی با زندگی اجتماعی بیمار دارد، چرا که شخص آلوده شده به ویروس در فرض این پرونده علاوه بر دردها و رنج‌هایی که باید به لحاظ حدوث بیماری جدید تحمل کند باید آلام روحی و روانی ناشی از تغییر برخورد دیگر اعضای خانواده و اجتماع را با خود و اجتماع را با خود و موقعیت‌های اجتماعی و عاطفی عدیده‌یی که به سبب این بیماری از دست می‌دهد، تحمل نماید، چرا که یقیناً پس از ابتلا شخص به ویروس‌هایی چون هیپاتیت و ایدز جامعه و حتی اعضای خانواده و بستگان نسبی و سببی شخص در مرادفات خود با شخص مذکور احتیاط‌هایی به عمل می‌آورند و تغییر رفتارهای محسوس و ملموس را نشان می‌دهند که گویی شخص بیمار مطرود جامعه است زندگی شخص بیمار تحت تأثیر شدید این مرض قرار می‌گیرد به طوری که بعضاً کانون گرم خانواده به سبب این بیماری متلاشی می‌شود، شخص روحیه ادامه کار و فعالیت کاری و علمی و زندگی جمعی را از دست می‌دهد و چه بسا موقعیت‌های خوب و خاص اجتماعی و خانوادگی چون ازدواج، استخدام، پیشرفت علمی و... را نیز از دست بدهد، لذا با عنایت به مراتب فوق چند امر قابل توجه

است اولاً اینکه در ورود خسارت معنوی ناشی از ابتلا خواهان به ویروس اعلامی در حد اعلی و اکثری خود جای تردیدی نیست. ثانیاً در اینکه این ضرر نباید جبران نشده باقی بماند نیز ابهامی و ایرادی وجود ندارد، چرا که جبران خسارت معنوی هم در ادیان الهی مورد تأکید قرار گرفته و هم آثار به جای مانده از قوانین کهن حکایت از الزام به جبران این خسارت دارد. نظام‌های حقوقی مختلف جهان امروزه مطالبه خسارت معنوی در تمام وجوه قابل تصور آن را یکی از حقوق مسلم افراد جامعه می‌دانند که حقوق موضوعه ایران نیز از این قافله عقب نمانده به طوری که در مواد یک و دو قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ به تصریح به جبران خسارت معنوی تأکید داشته است و مبنای مسئولیت را تقصیر قرار داده است. مواد متعدد دیگری نیز در قوانین موضوعه ایران وجود دارد که به نوعی تصریح در لزوم جبران خسارت معنوی داشته از جمله اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به لزوم جبران خسارت مادی و معنوی ناشی از تقصیر قاضی پرداخته است. قواعد فقهی متعددی نیز قابلیت استناد و اتکا برای لزوم جبران خسارت معنوی داشته که مهم‌ترین این قواعد همان قاعده معروف لاضرر و لا ضرار فی الاسلام است. بنای عقلا نیز از منابع مهمی محسوب می‌شود که جبران خسارت معنوی را مورد تأیید قرار داده است. علی‌ایحال دادگاه با احراز ورود خسارت معنوی وارده به تفصیلی که در فوق آمده و در جهت و ارایه مبنایی برای جبران خسارت معنوی وارده ناشی از صدمه جسمانی و تساوی آن برای تمام انسان‌ها بدون در نظر داشتن موقعیت‌های اعتباری با تأکید بر این مطلب که اولاً تمام افراد بشر از جایگاه انسان به ما هو انسان دارای حیثیت و اعتبار و ارزش و شان همسانی بوده و بر اساس آموزه‌های دینی کسی را بر کسی دیگر برتری نیست مگر بر تقوی. ثانیاً از آنجایی که در فقه امامیه برای خسارت وارده بر نفس و مادون آن بدون در نظر داشتن سن و موقعیت‌های علمی و اجتماعی و تاهل و تجرد و سایر موقعیت‌های آن، دیه به میزان مشخص تعیین و اعلام شده، در مواردی که دیه تعیین نشده موضوع را تحت عنوانی به نام ارش قرار داده است درمی‌یابیم که بر خلاف مقررات جاریه در نظام‌های حقوقی غیراسلامی که در تعیین خسارات وارده بر جسم مواردی چون شغل و سن و علم و... در نظر می‌گیرند، این موارد در تعیین خسارت بر نفس جایگاهی ندارد. علی‌ایحال به تبعیت از این امر درباره خسارت معنوی نیز لحاظ قرار دادن موارد اینچنینی به ویژه در کشور ما که حقوق موضوعه آن در چارچوب و حیطه مقررات شرعی و اسلامی تدوین شده با این مشکل مواجه است چرا که نمی‌توان برای افراد مختلف به اعتبار موضوعات فرعی و اکتسابی حیثیت و اعتبار و ارزش بالاتری قایل شد و همه انسان‌ها در برابر میز عدالت از حقوق واحد برخوردار هستند.

ثالثاً درباره خسارت معنوی بر جسم با توجه به دو وجه اعلام شده سابق، این امر قابلیت توجه بیشتری دارد چرا که نمی‌توان گفت درد ناشی از یک صدمه جسمی در یک شخص بی‌سواد کمتر از درد یک شخص پزشک یا استاد دانشگاه است. یقیناً آلام ناشی از صدمات جسمی در تمام افراد به یک اندازه و میزان است از طرف دیگر من باب مثال شخصی که در یک روستا موقعیت اجتماعی و خانوادگی خود را به لحاظ ابتلا به یک بیماری خاص از دست می‌دهد نمی‌توان گفت که لطمه وارده به وی کمتر از لطمه روحی و روانی است که به یک شخص شاغل در یک پست مهم یا دارای تحصیلات عالی وارد می‌شود، چه بسا جایگاه اجتماعی یک شخص بی‌سواد در بین قوم و قبیله خود به مراتب بالاتر از جایگاه یک شخص جوان با تحصیلات عالی در یک جامعه دانشگاهی یا علمی و... باشد و ترجیح هر کدام از آنها بر دیگری یک ترجیح بلا مرجع خواهد بود. علی‌ایحال این دادگاه با نفی تأثیر موضوعات اعتباری بر تعیین میزان خسارت وارده معنوی به نسبت خسارت وارده بر جسم به دلایل فوق‌الذکر و با در نظر داشتن این مطلب که هر چند برای تعیین خسارت معنوی هیچگونه مبنا و میزان مشخصی در هیچ نظام حقوقی ارایه نشده و تشخیص و تعیین این امر به قاضی دادگاه محول شده، این دادگاه با تکیه بر میانی فوق‌الذکر و در جهت ارایه یک مبنای مشخص برای تعیین خسارات معنوی ناشی از خسارات وارده بر جسم و تفکیک خسارت معنوی مذکور به دو قسمت خسارت معنوی ناشی از دردها و رنج‌های مستقیم و خسارت جسمی و آلام روحی و روانی مرتبط با زندگی اجتماعی و شخصی مصدوم، و با این استدلال که نمی‌توان گفت درد ناشی از دست دادن یک عضو یا یک صدمه جسمی و نیز آلام روانی مرتبط با آنکه ممکن است تا ابد با شخص همراه باشد، کمتر از خود صدمه وارده بر جسم است و نیز دلیلی وجود ندارد که این میزان آلام روانی را بیشتر از آنچه که بر نفس خود انسان وارد می‌شود تصور کرد، لذا با ملاک و مبنا قرار دادن صدمه وارده بر نفس برای تعیین میزان خسارت معنوی خواهان را مستحق برای دریافت خسارتی به میزان ارزش تعیین شده برای صدمه جسمی وارده تشخیص داده، مستنداً به مواد یک، دو و سه قانون مسئولیت مدنی حکم بر محکومیت خواندگان را به پرداخت میزان درصد دیه مرد مسلمان به نحو تساوی از باب خسارت معنوی در حق خواهان صادر و اعلام می‌کند.

### نتیجه گیری

در نظام قانونگذاری ایران در سال ۱۳۰۴ برای نخستین بار در ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی مبلغ ۵۰۰ ریال برای جبران خسارت معنوی پیش‌بینی گردید. سپس قانون اصلاح برخی از مواد آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۳۲ به خسارات معنوی اشاره نمود. در سال ۱۳۳۹ نیز قانون مسئولیت مدنی به تصویب رسید و قواعد عام و قابل ملاحظه‌ای به ویژه برای مطالبه و جبران

خسارات معنوی مقرر شد. اما در سال ۱۳۶۲ کمیسیون شورای عالی قضایی و در سال ۱۳۶۴ شورای نگهبان با جبران مادی خسارات معنوی مخالفت نمودند. با توجه به تأکید فراوان دین مبین اسلام بر کرامت و شئون معنوی انسان و همچنین تأکید بر جبران ضررهای وارده به اشخاص که قواعد فقهی نظیر لاضرر، غرور و تسبیب بیانگر آن هستند، می‌بایست به تدوین قواعدی در خصوص جبران خسارت معنوی به ویژه از طریق مادی پرداخت. صرف الزام فاعل ضرر معنوی به عذرخواهی و یا درج رأی صادره از محاکم مبنی بر براءت و امثال آن، کافی به نظر نمی‌رسد. جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت خسارت به زیان‌دیده، می‌تواند دست‌کم بخشی از تألمات روحی وی را کاهش دهد و از سوی دیگر مکافات و تنبیهی برای مرتکب یا مسبب و همچنین تحذیر دیگران باشد. با این حال خسارت دو گونه است: مادی و معنوی. خسارت معنوی به سه شاخه تقسیم می‌شود.

الف - خسارات وارد به عواطف و احساسات: مانند افسردگی، ایجاد تأثر روحی ناشی از دست دادن عزیزی با ملاحظه درد و رنج آن‌ها و تألم ناشی از صدمه‌های جسمی، لطمه به زیبایی و رنجهای روحی و... که این نوع از خسارات جنبه درونی دارند و به هیچ وجه قابل لمس و مشاهده نیستند.

ب - خسارات وارد به سرمایه معنوی و حقوق غیر مالی انسان‌ها، که این سرمایه یا لازمه‌ی نوع انسانی است مانند حق آزادی یا لازمه‌ی خلقت طبیعی اوست مانند حق حیات و سلامتی یا سرمایه وحقی است که شخص با مساعی خویش آن‌ها را خود کسب کرده است مانند حق معنوی بر اثر علمی، هنری و فنی. حقوق اساسی بشر و همچنین حقوق مربوط به شخصیت از مهم‌ترین موارد حقوق غیر مالی هستند.

ج - خسارات وارد به سرمایه‌ی معنوی شرکت‌های تجاری یا غیر تجاری مثل اعتبار، شهرت، حیثیت و... خسارات معنوی اصطلاح شایع و در عین حال پر ابهامی است که تعیین مصادیق و ترسیم دقیق قلمرو آن کار آسانی نیست زیرا با این که در متون قانونی متعدد به کار رفته و در نوشته‌ها و تألیفات حقوقدانان مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته اما در هیچ یک از متون مزبور تعریفی از خسارت معنوی به عمل نیامده است و حقوقدانان نیز در تعریف آن وحدت نظر ندارند. البته در بعضی مواد قانونی به ذکر پاره‌ای از عناصر مهم تشکیل دهنده خسارت معنوی اشاره شده است. مثلاً در صدر ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی آمده است: کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت یا اعتبارات یا موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جبران آن است. یا در ماده ۱۰ همین قانون آمده است کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی یا معنوی خود را بخواهد. در ماده ۹

ق. آ. د. ک نیز آمده است: ضرر و زیانی که قابل مطالبه است به شرح ذیل می‌باشد. ضرر و زیان معنوی که عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی. در زمینه جبران خسارت معنوی دترین‌های حقوقی مختلفی وجود دارد که در سه نظریه: الف) عدم امکان جبران خسارت معنوی؛ ب) امکان جبران خسارت معنوی؛ ج) امکان جبران مالی در برخی موارد و عدم امکان آن در بعضی موارد دیگر.

مهم‌ترین نوع از خسارتهای وارد بر اشخاص حقیقی، صدمه به شخصیت و حقوق مربوط به آن است که ناشی از توهین، هتک حیثیت، بازداشت و سلب آزادی، محروم ساختن از حقوق مدنی، دخالت در امور سری و محرمانه، انتشار مطالب خلاف واقع و مانند آن می‌باشد که علاوه بر پیش‌بینی ابزارهایی برای جلوگیری از ورود چنین خسارتهایی که در بسیاری از موارد قابل جبران نیستند، به جبران آن‌ها نیز اهمیت ویژه داده شود. خسارات معنوی می‌تواند به اشخاص حقوقی نیز اعم از بخش عمومی و خصوصی وارد شود با این تفاوت که در این اشخاص تنها صدمه‌ی شخصیت و کسر شأن و اعتبار متصور است، و آن‌ها نمی‌توانند دردهای ناشی از صدمه جسمانی یا از دست دادن خویشاوند را اختصاص به اشخاص حقیقی دارد تحمل کنند.

## فهرست منابع:

- باهری، محمد، ۱۳۹۱، حقوق جزای عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ج یک، ص ۱۲۵
- پروین، فرهاد، ۱۳۸۷، خسارات معنوی در حقوق ایران، چاپ دوم، ققنوس، ص ۹.
- توجیهی، عبدالعلی، ۱۳۸۹، جایگاه حمایت از بزه دیده در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی، مجله مجمع آموزشی عالی قم، سال سوم، ص ۵۴
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۱، ترمینولوژی حقوق، چ یازدهم، گنج دانش، ذیل واژه ضرر و زیان مادی
- حاجی ده‌آبادی، احمد، ۱۳۸۹، جبران خسارت توسط بزه کار، مجله فقه و حقوق، شماره ۹، ص ۸۷.
- خالقی، دکتر علی، ۱۳۹۱، آیین دادرسی کیفری، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ سوم، ص ۲۵۲.
- دهقان، علی، ۱۳۸۹، بررسی و شناسایی موانع کشف علمی جرایم در ایران، مقاله کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد بندرعباس، ۱۳۸۹، ص ۱۵.
- درخشان نیا، حمید رضا، ۱۳۸۴، ضرر و زیان ناشی از جرم، چاپ اول، مهاجر، ص ۱۶.
- رایجیان اصلی، م.، ۱۳۸۴، دیدگان و نظام عدالت جنایی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲-۵۳.
- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۸، جزوه مسئولیت مدنی، دانشگاه شهید بهشتی، نیم سال دوم، ص ۴۸.
- شایان، علی، ۱۳۸۴، عدالت برای بزه دیدگان، ترجمه علی شایان، سلسبیل، چ اول.

- - فیلزولا، ژینا، ۱۳۹۰، بزه دیده و بزه دیده شناسی، ترجمه روح الله علیوند، مجد، ج اول، ص ۹۶ و ۹۸-۲۵
- - گلدوست جویباری، رجب، ۱۳۹۰، کلیات آیین دادرسی کیفری، چ دوم، جنگل، ص ۹۷.
- - مظاهری، مجتبی، ۱۳۹۳، آیین دادرسی کیفری، نشر پونه، انتشارات مجد، جلد ۷ تهران
- - مختارزاده، مهرداد، ۱۳۹۴، ۵۰۰ ماده از قانون آیین دادرسی کیفری برگزیده و کاربردی در آزمون های حقوقی، نشر چتر دانش، تهران

# بررسی فقهی حقوقی الزام فروشنده بر تعمیر کالا با تأملی در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰

دکتر حسین بهرامی  
استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بزرگمهر قاننات، قاننات.



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۱.۱۵ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۳.۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۵.۰۱

## چکیده

سالم بودن مبیع شرطی است که در سکوت طرفین، در توافق صورت پذیرفته مستتر است. بایع آگاه از این تکلیف بوده و مشتری خود را ذی حق آن تعهد می‌داند. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ خریدار از حق الزام به تعمیر کالا در فرضیکه مبیع غیر منطبق با قرارداد بوده، بهره‌مند است. این حق در بند ۳ ماده ۴۶ در آن کنوانسیون با شرایطی به رسمیت شناخته شده است. چنین حقی نه در فقه امامیه و نه در قانون مدنی مطرح نشده است و در بین حقوق‌دانان در خصوص مشروعیت آن اختلاف نظر وجود دارد. خریدار مطابق ماده ۴۲۲ قانون مدنی تنها امکان اخذ ازش یا فسخ معامله را دارد؛ با إمعان به آنکه مقنن در مقام بیان ضمانت اجراء سکوت کرده و از حق الزام به تعمیر سخنی به میان نیاورده است، باید گفت حکم اولیه در حقوق ایران عدم وجود چنین حقی می‌باشد. شایان ذکر است در فرضی که مبیع کلی است، اساساً ضرورتی هم بر شناسایی آن حق برای مشتری وجود نداشته و بایع باید کالای جانشین تسلیم کند؛ اما در صورتیکه مبیع عین معین باشد، احتمال ضرر وجود دارد. در فرض اخیر بر اساس قاعده «لاضرر» حکم بر تکلیف بایع به تعمیر مبیع موجه است.

واژگان کلیدی: مبیع معیوب، الزام به تعمیر، لاضرر، کنوانسیون بیع بین المللی.

## Juridical and legal study of the seller's obligation to repair goods with a recognition on the International Sales Convention ۱۹۸۰

### Abstract

To be flawless of the goods is a condition that is hidden in the silence of the parties in the agreement. The seller is aware of this obligation and customer considers himself as the rightful of this obligation. In the Convention on the International Sale of Goods approved in ۱۹۸۰, if the goods are not in accordance with the contract, the seller is obliged to repair the goods. This right is recognized in paragraph ۳ of article ۴۶ in that convention with conditions. Such a right has not been raised either in jurisprudence or in the civil law, and there is a difference of opinion among jurists regarding its legitimacy. According to Article ۴۲۲ of the Civil Code the buyer has only the option of obtaining compensation or a rescission of the transaction; Regarding the fact that the Civil Code is silent on the issue of performance guarantee and has not mentioned the right to oblige to repair, it should be said that the primary ruling in is the absence of such a right. It is worth mentioning that in the assumption that the goods is a unspecified, there is basically no need to identify that right for the customer, and the seller must submit the substitute product; But if the goods is certain, there is a possibility of loss. In the latter assumption, based on the rule of "The necessity to compensation of the loss", the ruling on the obligation of the seller to repair the goods is justified.

**Key words:** Defective object of sale, Obligation to repair, The necessity to ompensation of the loss, International sales convention.

## مقدمه

مشتری در برابر ثمن پرداختی انتظار تسلیم مبیعی سالم از سوی بایع را دارد. فروشنده حسب ماده ۳۰ کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ متعهد به تسلیم کالایی مطابق قرارداد به مشتری بوده و در فرضی که مبیع معیوب است، خریدار طبق بند ۳ ماده ۴۶ آن کنوانسیون می تواند الزام بایع به تعمیر کالا را مطالبه نماید. در فقه امامیه و قانون مدنی چنین حقی مطرح نشده و برای خریدار تنها حق ارش و یا فسخ قرارداد پیش بینی شده است (ماده ۴۲۲ ق.م). در خصوص شناسایی حق یادشده برای خریدار در بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی وجود آن حق را برای مشتری رد کرده (قاسمی، ۱۳۸۴، ۲۵۷ و ۲۵۸) و دسته‌ای پذیرفته‌اند (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷، ۱۴۰). طیفی دیگر در مبیع عین معین حق یادشده را موجه و در کلی فی الذمه نامشروع دانسته‌اند (احمدزاده بزاز، ۱۳۸۶، ۱۶ و ۱۷). نیک پیداست که ارزیابی حکم مقنن در مسئله، همراه با بررسی تطبیقی با کنوانسیون بیع بین المللی؛ با عنایت بر نقش برجسته عقد بیع در بین قراردادهای رایج بودن آن، از اهمیت شایانی برخوردار است.

در باب پیشینه پژوهش شایان ذکر است که در کتب حقوق مدنی و کتب مربوط به تفسیر کنوانسیون نامبرده مطالبی مطرح شده است. البته مقالاتی هم نگاشته شده از باب نمونه مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی تطبیق حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ و بین و حقوق ایران» منتشر شده است (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷). پرسش پژوهش حاضر در خصوص امکان شناسایی «حقی مبنی بر الزام به تعمیر کالا» در فرضی که مبیع معیوب و یا دارای نقص است، در فقه و حقوق موضوعه، برای خریدار می‌باشد.

جستار حاضر در پژوهشی توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، پس از مفهوم شناسی، ابتدا موضوع را در کنوانسیون نامبرده بررسی و سپس از منظر فقهی و حقوقی در سنجه تحلیل خواهد افکند.

## ۲- مفهوم شناسی

در ذیل این عنوان به بررسی و تعریف مفاهیم ذیل خواهیم پرداخت:

الف- عدم انطباق قرارداد: بند ۱ ماده ۳۵ در خصوص تعریف مطابقت کالا با قرارداد آورده است که «بايع باید کالائی را تسلیم نماید که دارای مقدار و کیفیت (جنس) و وصف مقرر در قرارداد باشد

و نیز به همان ترتیبی که در قرارداد مقرر شده است بسته بندی یا ظرف بندی گردیده باشد. حال اگر طرفین سکوت کرده باشند، حسب بند ۲ ماده یادشده انطباق با امور ذیل شرط است:

«غیر از مواردی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند کالا منطبق با قرارداد محسوب نمی-شود مگر اینکه :

۱- متناسب با مقاصدی باشد که از نظر عرف کالاهایی با آن اوصاف، برای مقاصد یادشده، مورد استفاده قرار می‌گیرند.

۲- متناسب با هر نوع مقصود خاصی باشد که به نحو صریح یا ضمنی در زمان انعقاد قرارداد به آگاهی بایع رسیده است، مگر اینکه اوضاع و احوال حاکی از این باشد که مشتری به مهارت و تشخیص بایع اعتماد نکرده، یا اعتماد او به مهارت و تشخیص بایع غیر معقول بوده است .

۳- واجد اوصاف کالایی باشد که بایع به عنوان نمونه به مشتری ارائه نموده است.

۴- به ترتیب متعارف جهت این قبیل کالاها یا در صورتی که ترتیب متعارفی موجود نباشد، به نحوی که بقا و سلامت کالا تامین شود، در ظرف گنجانده یا بسته بندی شده باشد».

ب- عیب: در برخی از لغتنامه‌های عربی عیب را نقص (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۵۹۲) و در برخی از فرهنگ‌های لغت فارسی نقص و بدی (عمید، ۱۳۶۳، ج ۳، ۱۷۴۱) دانسته‌اند و در اصلاح به کمی و کاست یا زیادی و فزونی که برخلاف عادت و متعارف در چیزی یا حیوانی باشد، تعریف کرده‌اند؛ مانند آنکه گوسفندی پنج دست و پا داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ۲۶۹۶). تعریف فوق ریشه در روایتی نبوی دارد که مقرر می‌دارد: هر فزونی و کاستی از اصل خلقت، عیب می‌باشد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ۹۸). البته لازم بذکر است که به اغراض طرفین قرارداد در تشخیص مصداق عیب، باید توجه کرد؛ به عنوان نمونه گوسفندی که برای کشتن فروخته شده و یک گوش ندارد، معیوب نیست؛ بر همین اساس برخی عیب را نقصی که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف بکاهد، تعریف نموده (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ۲۷۴ و ۲۷۹) و قانون مدنی نیز تشخیص عیب را در ماده ۴۲۶ بر عهده عرف گذاشته است: «تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می‌شود و بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف شود».

شایان ذکر است که عیبی که ضمانت اجراء آن خیار عیب یا ارش است، نباید ناشی از فقدان اوصاف ذاتی یا اساسی کالا باشد؛ زیرا در غیر اینصورت ماهیت موضوع دگرگون شده و آنچه که قصد شده با آنچه که رخ داده متفاوت می‌شود و قرارداد باطل خواهد بود (همان منبع، ۲۷۳).

ج- خیار: اختیار نقض و ابرام عقد لازم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ۱۸۳۹). «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد» (ماده ۴۲۳). «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم بر آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعا مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است» (ماده ۴۲۴). همچنین «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است» (ماده ۴۲۵).

د- ارش: مشترک لفظی است که در حقوق مدنی در خصوص ارش عیب و در حقوق جزا در رابطه ارش جنایت استعمال می‌شود. ارش عیب که موضوع این نوشتار است در خصوص فرضی که مبیع یا ثمن عین معین باشد، روی می‌دهد (همان منبع، ج ۱، ۲۸۰ و ۲۸۱). در واقع بنای طرفین بر تسلیم کالای سالم بوده و مشتری با قبض مبیع معیوب ضرر نموده و بایع مالی بیشتر از حق خود دریافت کرده؛ لذا قرارداد در صورتی که مشتری ارش را انتخاب کند، باید تعدیل شود و فروشنده بخشی از ثمن را مسترد نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ۳۰۹). ارش حسب ماده ۴۲۷ به شرح ذیل تعیین می‌شود:

«اگر در مورد ظهور عیب مشتری اختیار ارش کند تفاوتی که باید باو داده شود بطریق ذیل معین می‌گردد:

قیمت حقیقی مبیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین شود. اگر قیمت آن در حال بی عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود و اگر قیمت مبیع در حال معیوبی کمتر یا زیادتر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر بهمان نسبت نگاهداشته و بقیه را بعنوان ارش ب مشتری رد کند».

### ۳- حق الزام به تعمیر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در صورت عدم انطباق کالا تسلیم شده با قرارداد، راه‌کارهایی جهت حمایت از مشتری در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی شده است که پرداختن به تمام آنها خارج از حوصله این نوشتار است. یکی از این ضمانت‌اجراها، الزام بایع بر تعمیر کالا است. بند ۴۶م۳ کنوانسیون بیع

بین المللی کالا مقرر می‌دارد: «هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند از فروشنده بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران نماید، مگر اینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال غیر معقول باشد. درخواست تعمیر باید از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد». شرایط الزام بر تعمیر کالا به شرح آتی می‌باشد:

### ۱-۳- عدم انطباق کالای تسلیمی از سوی بایع با عقد

حسب ماده ۳۰ بایع باید مبیع را مطابق با قرارداد و مقررات کنوانسیون تسلیم کند؛ بر همین اساس الزام بایع به تعمیر کالا مطابق بند ۳ ماده ۴۶ کنوانسیون همانطور که گذشت، منوط به عدم انطباق کالای تسلیم شده با قرارداد می‌باشد. لازم بذکر است؛ عدم انطباقی که می‌تواند منجر به تعمیر کالا شود، نباید اساسی باشد (موذن، شمس، میردامادی و باقرزاده، ۱۴۰۱، ۳۶)؛ در غیر اینصورت مشتری باید به سایر طرقی که در کنوانسیون، پیش‌بینی شده از قبیل مطالبه کالای جانسین که در بند ۲ ماده فوق آمده، متمسک شود.

### ۳-۲- ممکن بودن رفع عیب

رفع عیب باید ممکن و مقدور باشد؛ چرا که اگر تعمیر کالا امکان پذیر نباشد، دادن حق درخواست تعمیر به خریدار دارای فایده عملی نخواهد بود و او در نهایت باید به سایر طرق جبران خسارت در کنوانسیون روی آورد (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷، ۱۲۴ و ۱۲۵).

### ۳-۳- معقول و متعارف بودن رفع عیب

در بند ۳ ماده ۴۶ به این شرط اشاره شده است: «هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند از فروشنده بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران نماید، مگر اینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال غیر معقول باشد...». این قاعده مبتنی بر این نظر است که خریدار نباید اوضاع فروشنده را بدتر کند (همان، ۱۲۵).

### ۴-۳- طلب تعمیر کالا ضمن اخطار عدم مطابقت یا ظرف مدت معقولی پس از آن

این امر روشن است که عدم انطباق کالا باید به بایع اعلام گردد. کنوانسیون، مکانیسم مندرج در ماده ۳۹ را برای تحقق این مهم اعلام داشته است:

۱- در صورتیکه مشتری ظرف مدت متعارفی پس از اینکه عدم انطباق کالا را کشف کرد یا می باید کشف می کرد، یادداشتی حاکی از تعیین نوع عدم انطباق جهت بایع ارسال نکند، حق او در استناد به عدم انطباق کالا ساقط می شود.

۲- در هر حال اگر مشتری حداکثر ظرف دو سال از تاریخی که عملاً کالا به او تسلیم شده است، یادداشتی حاکی از عدم انطباق، جهت بایع ارسال نکند حق او در استناد به عدم انطباق ساقط می شود، مگر اینکه این مهلت با دوره تضمین کالا که در قرارداد تعیین شده است، مغایر باشد.

با تامل در ماده فوق معلوم می شود کنوانسیون برای اعلام عدم انطباق سه مرحله را از هم متمایز ساخته است (احمدزاده بزاز، ۱۳۸۶، ۷ و ۸):

الف- محدودیت زمانی اعلام عدم انطباق براساس دوره تضمین کالا که در قرارداد پیش بینی شده است. در این صورت دوره مشخص شده، ملاک عمل قرار می گیرد، خواه از دو سال بیشتر یا کمتر و یا برخلاف متعارف باشد.

ب- در صورت مشخص نبودن دوره تضمین، اعلام عدم انطباق باید در مدت زمان متعارفی صورت گیرد. مبدأ این زمان از وقتی است که عدم انطباق کالا معلوم شود یا عدم انطباق کالا باید معلوم می شد. قید دوم به جهت آن است که در برخی موارد ممکن است عدم انطباق، معلوم نگردد؛ ولی با توجه به اوضاع و احوال و قرائن، کشف عدم انطباق مشکل نمی باشد؛ برای مثال، اگر خریدار فردی خبره باشد و کالا نیز به آسانی در دسترس او باشد که با اندک تاملی می تواند انطباق یا عدم انطباق را کشف کند، نمی توان پذیرفت که ملاک مبدا زمانی اعلام عدم انطباق، زمان کشف واقعی باشد.

ج- در صورت فقدان توافق نسبت به دوره تضمین، کنوانسیون حداکثر مدت زمان اعلام عدم انطباق کالا را دو سال از تاریخ تسلیم واقعی کالا به مشتری قرار داده است. در حقیقت کنوانسیون با وضع چنین قاعده ای کالای تحویلی را بعد از دو سال از تاریخ واقعی تسلیم در حکم تحویل کالای منطبق با قرارداد فرض کرده است.

#### ۴- حق الزام به تعمیر در فقه

در رابطه با ضمانت اجرای معیوب بودن مبیع در فقه تنها فسخ و یا اخذ ازش پیش بینی شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ۲۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ۸۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ۴۷۴؛ نجفی،

۱۴۰۴، ج ۲۳، ۲۳۶)؛ اما اصول کلی از قبیل اوفوا بالعقود و لاضرر وجود دارد که می‌تواند با موضوع بحث ارتباط داشته باشد؛ لذا به شرح ذیل بررسی خواهد شد:

#### ۱-۴- لزوم وفای به عقد

خداوند در آیه دوم سوره مائده فرموده است: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ یعنی: «به عقود وفا کنید»؛ لذا ممکن است طرح شود که طرفین در بیع، بر تسلیم مبیع سالم توافق کرده‌اند و با بیع متعهد به تسلیم مبیع منطبق با قرارداد بوده و در صورتی-که مبیع معیوب باشد، متعهد به تعمیر آن خواهد بود (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷، ۱۴۰؛ مؤذن، شمس، میردامادی و باقرزاده، ۱۴۰۱، ۳۶).

در مقام پاسخ به اشکال فوق شایان ذکر است؛ منظور از وفای به عقد، اجرای عقد و قیام به مدلول عقد (مترتب ساختن اثر حاصل از عقد) است؛ برای مثال، اثر عقد تملیکی بیع، انتقال مبیع به مشتری است؛ لذا با بیع باید مبیع را ملک مشتری دانسته و مشتری هم باید ثمن را ملک با بیع بداند و مال را به طرف مقابل تسلیم کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ۱۶۲)؛ لذا:

الف- اگر مبیع عین معین باشد، اثر اصلی عقد تملیک است نه تعهد که ادعا شود: با بیع تعهد خود را به تولید و ارائه کالای منطبق با قرارداد نقض کرده و با عنایت بر اوفوا بالعقود، فروشنده ملزم به تعمیر کالا شود.

ب- اگر مبیع کلی باشد، اثر اصلی عقد ایجاد تعهد برای با بیع مبنی بر تسلیم مبیع به صورت سالم است؛ لذا در فرضی که کالای تسلیم شده معیوب باشد، وفای به عقد اقتضاء دارد؛ با عنایت بر عدم انطباق مال تسلیم شده با موضوع تعهد، کالای سالم جایگزین شود.

بنابر آنچه گذشت وفای به عقد؛ مُثَبِّتِ حق مشتری مبنی بر مطالبه الزام به تعمیر نیست.

#### ۲-۴- لاضرر

مطابق حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ۱۴) ضرر در اسلام خواه مربوط به قانون‌گذاری باشد و خواه اجرای قانون مشروعیت ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ۱۵۰). حال ممکن است بر اساس قاعده فوق ادعا شود که در مواردی عدم شناسایی حق الزام به تعمیر برای مشتری، سبب ورود ضرر به او باشد (مانند حالتی که مبیع از یک سو دارای افزایش

قیمت شده و فسخ قرارداد به نفع مشتری نبوده و از سوی دیگر امکان تعمیر در انحصار فروشنده باشد. در این حالت امضای قرارداد و اخذ ارش نیز با عنایت برآنکه بر مبنای قیمت زمان معامله است، منافع خریدار را تأمین نکرده و فروشنده ممکن است مزد تعمیر را با توجه به انحصار، به صورتی تعیین کند که از میزان ارش نیز بیشتر باشد؛ لذا باید براساس لاضرر قائل به شناسایی حق الزام به تعمیر برای مشتری بود.

ایجاد حق برای مشتری و تعهد بر بایع، ایجابی است. فقها در این مورد که آیا قاعده لاضرر فقط نقش سلبی دارد یا می‌تواند نقش ایجابی ایفا کند؟ اختلاف نظر دارند:

الف- برخی معتقد هستند قاعده لاضرر اثبات ضمان نمی‌کند و نقش آن این است که حکم ضرری را در شریعت نفی نماید، نه اینکه حکمی را ثابت کند؛ در غیر اینصورت فقه جدیدی تاسیس می‌گردد (میرزای نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۲۹۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ۱۹۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ۲۳۵ و ۲۳۶)؛ به عنوان نمونه اگر زوج غائب مفقودالأثر باشد، از یک طرف بقاء زوجیت با عنایت بر عدم پرداخت نفقه از سوی زوج باعث ضرر زوجه بوده و از طرف دیگر امکان انحلال نکاح توسط زوجه پیش‌بینی نشده است؛ لذا با عنایت بر لاضرر، زوجه قادر بر طلاق خود خواهد بود (میرزای نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۲۹۴). در پاسخ به این اشکال ذکر شده است که بر اساس قاعده «انّ الضروریات تتقدر بقدرها» در تخصیص عموماً احکام اولیه بر اساس لاضرر، باید به قدر ضرورت اکتفاء شود و قدر ضرورت در فرض فوق آن است که زن تحت شرایط معینی از سوی حاکم شرع طلاق داده شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۸۹). برخی دلایل دیگر طرفداران این نظر را به شرح ذیل احصاء نموده‌اند (یثربی و محمودی، ۱۳۹۷، ۱۱۶):

۱- اگر از عدم حکمی ضرری حاصل شود و با استناد به لاضرر، وجود آن حکم اثبات گردد، لازم است که لاضرر رافع امر عدمی باشد. این امر به منزله آن بوده که اظهار نماییم: خداوند حکمی را باید وضع می‌کرده؛ اما انجام نداده است.

دلیل فوق محل اشکال بوده؛ زیرا اراده خداوند صرفاً از دلایل اولیه حاصل نمی‌شود؛ بلکه دلایل ثانویه و لاضرر نیز مظهر اراده خداوند هستند. در واقع خداوند از طریق لاضرر وضع حکم نموده است و با عدم شناسایی این شأنت برای «لاضرر» به نقصان در حکم خداوند می‌رسیم؛ نه با پذیرش اثبات حکم وجودی با قاعده فوق؛

۲- عبارت «فی الإسلام» که در روایت آمده، دال بر آن است که موضوع حدیث رفع احکام وجودی است؛ یعنی حدیث به این معنی اشعار دارد که در احکام اسلام ضرری وجود ندارد. حال آنکه عدم حکم، حکم نیست؛

پاسخ اشکال فوق نیز آن است که اسلام مجموعه‌ای از احکام وجودی و عدمی است (صدر، ۱۴۱۷، ج ۵، ۴۹۲).

ب- گروهی دیگر معتقدند که به موجب لاضرر می‌توان حکم وضع کرد (طباطبایی، بی تا، ج ۲، ۳۰۱؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ۳۱۸؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۵، ۴۹۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ۲۹۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۸۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ۱۶۰ و ۱۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ۱۴۲ و ۱۴۳). یعنی لاضرر تنها نفی کننده حکمی که موجب زیان است، نیست؛ بلکه در صورتی که عدم وجود حکمی هم سبب ضرر باشد، به موجب قاعده فوق، وجود آن اثبات می‌گردد.

به نظر می‌رسد؛ نظر اخیر با امعان به دلایل ذیل ارجح باشد:

۱- از عدم جعل ضمان توسط شارع و مبری دانستن عهده زیان زننده، ضرر متوجه زیان‌دیده می‌گردد. محیط تشریح و قانون‌گذاری به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدس بوده و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد یا جامعه زیان داشته باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران به بار آورد. این امر در حالی است که وقتی حکومتی نظام جامعه و ملتی را به دست دارد، هر گونه سوء جریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عدم تدبیر او است، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ۱۶۰):

۲- جبران ضرری که وارد شده از لوازم نفی حکم ضرری می‌باشد؛ زیرا هدف اصلی جبران زیان بوده و رفع حکم ضرری یکی از وسایل جبران زیان است. عدم جعل حکم و باقی ماندن منبع ضرر، به منزله آن است که شارع به ورود آن در آینده راضی باشد که در حدیث لاضرر نفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ۱۴۳).

۳- امام صادق فرموده‌اند: «حضرت رسول خدا (ص) در مورد شفعه بین شرکا در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود لاضرر و لا ضرار...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ۲۸۰). در حقیقت رسول الله (ص)

جهت وضع حق شفعه برای شفیع جمله لا ضرر و لا ضرار را ذکر نموده‌اند. روشن است که جعل حق شفعه، ایجابی است؛

۴- حکم عقل بر آن است که قاعده لا ضرر جنبه اثباتی داشته باشد. ایراد زیان قبیح است و عقل بر جبران آن حکم می‌کند. خواه منشأ ایراد زیان امر وجودی باشد یا امر عدمی (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ۳۱۸ و ۳۱۹).

۵- دلیل اصلی قاعده لا ضرر، بنای عقلا و احراز امضاء معصوم از طریق عدم ردع است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ۱۶۱). عقلا در حالتی که از عدم امکان الزام به تعمیر از جانب مشتری ضرری متوجه او شود، این حق را برای او به رسمیت می‌شناسند. ذکر حق فوق در کنوانسیون بیع بین‌المللی را می‌توان شاهد بر آن امر دانست؛ لذا از نظر عقلا در حالتی که از عدم ضمان ضرری حاصل شود، وجود مسئولیت، ضروری است.

با عنایت بر آنچه گذشت در صورت وجود ضرر برای مشتری، قاعده لا ضرر می‌تواند به عنوان دلیل جهت اثبات تعهد به تعمیر بر بایع پذیرفته شود.

## ۵- حق الزام به تعمیر در حقوق موضوعه

در خصوص شناسایی حق الزام به تعمیر برای خریدار به شرح آتی اختلاف نظر وجود دارد که به تفکیک بررسی خواهد شد:

### ۱- ۵- عدم مشروعیت حق درخواست تعمیر در مبیع عین معین و کلی

برخی بر این نظر هستند که در حقوق ایران حق الزام به تعمیر برای مشتری در مبیع عین معین و کلی فی الذمه وجود ندارد (قاسمی، ۱۳۸۴، ۲۵۷ و ۲۵۸). مقنن در فرضی که مبیع معیوب است، مطابق ماده ۴۲۲ ق.م. ضمانت اجرای فسخ یا اخذ ارش را تعیین کرده و در مقام بیان سکوت نموده است: «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله». در فقه نیز به عنوان منبع اصلی قانون مدنی چنین حقی برای مشتری پیش‌بینی نشده است؛ لذا ماده فوق مفهوم مخالف داشته (منظور مقنن آن بوده که ضمانت‌اجرائی

غیر از آنچه در ماده فوق ذکر شده برای مشتری وجود ندارد) و حق یادشده در حقوق ایران قابل شناسایی نیست.

## ۲-۵- مشروعیت حق درخواست تعمیر در مبيع عین معین

برخی معتقد هستند؛ فقط در عین معین حق الزام به تعمیر برای مشتری وجود دارد؛ زیرا هنگامی که مبيع کلی فی‌الذمه بوده و معیوب باشد، مبيع تسلیم نشده و باید با تعیین مصداق صحیح، انجام تعهد صورت پذیرد؛ لذا اساساً ضروری به خریدار وارد نمی‌شود که الزام به تعمیر کالا را بتواند درخواست کند (احمدزاده بزاز، ۱۳۸۶، ۱۶ و ۱۷).

در واقع در عین معین، موضوع تراضی تنها کالای خاص و قابل اشاره می‌باشد و آن کالا رکنی تجزیه ناپذیر از عقد است؛ پس اگر آن کالا فاقد وصف معهود باشد، دیگر نمی‌توان با تبدیل و جانشین کردن کالای دیگر، نقص را جبران کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ۱۹۳)؛ اما در فرضی که مبيع کلی بوده و مصداق تسلیم شده، معیوب می‌باشد، تعهد حسب ماده ۲۷۹ قانون مدنی انجام نشده است و مال تسلیم شده مصداقی از تعهد نیست. ماده یادشده مقرر می‌دارد: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلائی آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد».

## ۳-۵- مشروعیت حق درخواست تعمیر در مبيع عین معین و کلی

برخی از حقوقدانان حق الزام به تعمیر کالا را به صورت مطلق (خواه مبيع عین معین و یا کلی باشد)، به رسمیت شناخته‌اند (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷، ۱۴۰) که نظر آنها در خصوص مبيع کلی فی‌الذمه و عین معین به تفکیک طرح خواهد شد:

### ۱-۳-۵- مبيع کلی فی‌الذمه

طیفی آورده اند در فرضی که مبيع کلی فی‌الذمه و معیوب است، خریدار می‌تواند با عنایت بر مواد ۴۱۴ و ۴۸۲ ق.م. تسلیم کالای دیگر مطالبه نماید، لذا به طریق اولی حق مطابحه رفع عیب را خواهد داشت؛ زیرا در غالب موارد این روش مناسب‌تر است (همان، ۱۴۰)، به عنوان مثال تسلیم کالای جانشین، ممکن است محتاج به زمان زیادی باشد؛ اما رفع عیب از سوی مشتری به نمایندگی از بایع و مطالبه هزینه آن از او نیاز به زمان کمتر داشته باشد (همان، ۱۳۳).

در واقع منظور قائل نظر فوق آن است که مقنن در مقام حمایت از مشتری برای تعهد بایع مبنی بر تسلیم کالای منطبق با قرارداد که ذینفع آن مشتری می‌باشد، ضمانت‌اجرایی مبنی بر تسلیم کالای

جانشین تعیین نموده؛ حال آنکه امکان الزام به تعمیر، منافع مشتری را بهتر تأمین می‌کند؛ لذا به طریق اولی این امر مورد اراده مقنن بوده است.

به نظر می‌رسد ایرادات ذیل بر نظر فوق وارد باشد:

الف- فروشنده به چه دلیلی باید چنین نمایندگی را به خریدار بدهد، ممکن است خریدار ناآگاه کالا را معیوب‌تر کند، همچنانکه ممکن است خریدار چنین نمایندگی را به دلیل عدم مهارت قبول نکند؛

ب- اگر فروشنده باید کالا را مسترد کرده و تعمیر نماید؛ چه بسا دادن کالای سالم وقت کمتری از تعمیر بگیرد؛

ج- حال اگر مقصود قائل به نظر فوق، در فرضی است که کالا نایاب یا کمیاب می‌باشد؛ این هم دلیل مناسبی نیست تا نهادهای حقوقی را تغییر دهیم و بگوییم مبیع معیوب در ملکیت مشتری است و او حق الزام به تعمیر را دارد. فروشنده به تعهد خود عمل نکرده است و می‌تواند کالای معیوب را تعمیر کند و به عنوان کالای سالم و جانشین، تحویل دهد.

## ۲-۳-۵- مبیع عین معین

دلایل ذیل جهت اثبات حق الزام به تعمیر برای فرضی که مبیع عین معین بوده، طرح شده است:

الف- از مواد ذیل می‌توان استفاده کرد که با از بین رفتن عیب خواه به درخواست مشتری بوده و خواه بایع راسا اقدام کرده باشد، حق فسخ از بین می‌رود(همان، ۱۴۰):

۱- ماده ۴۷۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه معلوم شود عین مستاجر در حال اجاره معیوب بوده مستاجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا بهمان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند بنحوی که به مستاجر ضرری نرسد مستاجر حق فسخ ندارد»؛

۲- در ماده ۴۸۱ ق.م. آمده است: «هرگاه عین مستاجر به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود». مفهوم مخالف ماده فوق دال بر آن است که در فرض مطروحه در ماده یادشده، اگر بتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل نخواهد بود. برخی آورده‌اند که مستاجر در حالت فوق مخیر است، الزام موجر بر رفع عیب را نخواهد یا اجاره را فسخ کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۴۳۵)؛

۳- ماده ۵۲۷ نیز آورده است: «هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می‌شود». مفهوم مخالف ماده فوق نیز دلالت بر آن دارد که اگر بتوان رفع عیب نمود، مزارعه منفسخ نمی‌شود.

ب- حق موضوع بحث با اصل لزوم قرارداد و اجرای مفاد تعهد که غایت عقد است، انطباق دارد (اصغری و محمدزاده، ۱۳۸۷، ۱۴۰)؛

ج- شناسایی حق تعمیر کالا؛ با عنایت به قاعده لاضرر، خصوصاً در فرضی که کالای مشابه در بازار کم باشد و فروشنده در جبران عیب از مهارت کافی برخوردار است، ضروری می‌باشد؛ زیرا فسخ یا ارش منافع خریدار را کمتر تأمین می‌کند (همان، ۱۳۹)؛

د- اراده مشترک طرفین بر اجراء کامل قرارداد است؛ لذا اگر یکی از طرفین ناقص اجراء کند، طرف مقابل حق الزام به مفاد تعهد فوق را خواهد داشت (همان، ۱۴۰).

دلایل فوق به شرح آتی محل اشکال می‌باشد:

الف- مواد ذیل دلالتی بر وجود حق الزام به تعمیر برای مشتری ندارند:

۱- ظاهر ماده ۴۷۸ قانون مدنی دالّ بر آن است که مستأجر صرفاً حق فسخ دارد و حتی از ارش نیز بهره‌مند نیست. در واقع رفع عیب در ماده فوق به اراده موجر بوده و تکلیفی جهت آن امر وجود ندارد؛

۲- بر خی آورده‌اند که ماده ۴۸۱ نیز مختص به اجاره می‌باشد و نمی‌توان در خصوص بیع جاری دانست (قاسمی، ۱۳۸۴، ۲۵۷). در واقع اجاره برخلاف بیع یک عقد مستمر بوده و موجر در قبال منافعی که در اختیار مستأجر قرار می‌دهد، اجاره بها دریافت می‌کند؛ لذا باید مخارج تعمیرات ضروری و هزینه‌هایی که جهت استفاده از مورد اجاره لازم است را بر عهده بگیرد. در این رابطه ماده ۴۸۶ ق.م.مقرر داشته است: «تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهده مالک است، مگر آنکه شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن باشد و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم باشد». در واقع انجام تعمیرات در عین موضوع اجاره به منزله تعهد بایع مبنی بر تسلیم مبیع می‌باشد که به مشتری امکان تصرف در مالی که به ملکیت او وارد شده است را فراهم می‌کند؛

۳- مزارعه مشارکتی می‌باشد که مزارع متعهد به تسلیم زمین و عامل مکلف به زراعت است (م. ۵۱۸ ق.م.). این عقد نیز مستمر و معوض می‌باشد؛ لذا ماده ۵۲۷ ق.م. نیز مختص به مزارعه بوده و در رابطه با بیع جاری نیست.

ب- در خصوص عدم دلالت وفای به عقد در مانحن‌فیه سابقاً توضیح داده شد؛

ج- پیشتر گذشت که استفاده از قاعده لاضرر در خصوص جعل تکلیف برای بایع، مبتنی بر این نکته است که اصل نامبرده علاوه بر نفی حکم، در مقام جعل حکم نیز کاربرد داشته باشد؛ با عنایت بر آنکه اثبات شد «لاضرر» دارای کارکرد فوق است؛ می‌تواند به عنوان دلیلی جهت جعل مسئولیت برای بایع شناسایی شود.

د- در خصوص اراده مشترک طرفین جهت اجرای قرارداد در فرضی که تعهد به صورت ناقص اجراء شده و شناسایی آن به عنوان یک دلیل برای لزوم تعمیر مبیع از سوی بایع، لازم بذکر است؛ در فرضی که مبیع عین معین باشد، عقد تملیکی بوده و تعهدی وجود ندارد که بر الزام به انجام تعهد تأکید شود.

#### ۶- نتیجه

فروشنده بر اساس توافق طرفین ملزم به تسلیم مبیعی سالم و منطبق با قرارداد است. مقنن در صورت تخلف بایع، با توجه به بنای طرفین و اجتناب از ایراد زیان ناروا، باید از مشتری حمایت نماید. در کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا راه-کارهایی پیش‌بینی شده که یکی از آنها حق الزام به تعمیر کالا بوده که در بند ۳ ماده ۴۶ به رسمیت شناخته شده است. حق یادشده، ناظر بر حالتی بوده که مبیع منطبق با قرارداد نباشد و مشروط بر آن است که:

۱- درخواست رفع عیب ممکن باشد؛

۲- درخواست فوق معقول و متعارف باشد؛

۳- آن مطالبه در ضمن اخطار ماده ۳۹ کنوانسیون یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد. در حقوق ایران وضعیت حق نامبرده برای مشتری به شرح ذیل است:

۱- در مبیع کلی با عنایت بر ماده ۲۷۹ قانون مدنی نمی‌توان قائل به چنین حقی شد و بایع متعهد به تسلیم مال سالم خواهد بود؛ لذا ضرری متوجه مشتری نخواهد بود. البته بایع می‌تواند همان مال را تعمیر نماید و به عنوان کالای منطبق با عقد، تسلیم کند؛

۲- در مبيع عین معین حکم اولیه بر طبق ماده ۴۲۲ ق.م این است که خریدار دارای حق فسخ معامله یا قبول مبيع معیوب با اخذ ارش می-باشد؛ لذا حکم اولیه بر فقدان حق الزام به تعمیر کالا برای مشتری است. البته اگر فقدان آن حق سبب ورود زیان به مشتری باشد؛ با امعان بر آنکه قاعده «لاضرر» در مواردی که از عدم حکم، ضرر حاصل شود، جنبه اثباتی خواهد داشت، می تواند دلیلی بر وجود آن تکلیف بر بایع باشد.

## منابع و مأخذ

- فارسی
- اصغری، فخرالدین؛ محمدزاده، علی، بررسی تطبیق حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۴۹، زمستان ۸۷.
- احمدزاده بزاز، سید عبدالمطلب، حقوق مدنی تطبیقی به قلم گروهی از مولفان به مناسبت برگزاری نکوداشت دکتر سید حسین صفایی، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
- جمعی از نویسندگان، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، جلد ۲، ترجمه مهربار دارب پور، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، ۱ و ۴، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حرعاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۸ و ۲۶، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۵، چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵.
- زاغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان - سوریه، دارالعلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲.
- سیستانی، سید علی، قاعدة لاضرر و لاضرار، چاپ اول، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۴.
- شهیدنائی، زین الدین، الروضه البهیة، جلد ۳، چاپ اول، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰.
- صدر، سید محمد باقر، القواعد الفقهیة (بحوث فی علم الأصول)، ج ۵، چاپ ۵، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۷.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، بی تا، ج ۲، چاپ ۱، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۸.
- عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج ۳، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۳.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴.
- قاسمی، محسن، جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سی و دوم، ۱۳۸۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، چاپ چهارم، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد، ج ۱، چاپ یازدهم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- محقق حلی، نجم الدین، شرایع الإسلام، جلد ۴، چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
- میرزای نائینی، محمد حسین، منیة الطالب، ج ۱، چاپ اول، تهران، المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳.
- مرآی، سید میر عبد الفتاح، العناوین الفقهیة، ج ۱، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیة، ج ۱، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.

- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، چاپ سوم، قم، مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۱۱.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱ و ۲، چاپ دوازدهم، تهران، سمت، ۱۴۰۶.
- مودن، فرانک؛ شمس، احمد؛ میردامادی، سید مجتبی؛ باقرزاده، احمد، حقوق مشتری ناشی از کالای معیوب در پرتو آموزه‌های فقهی با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، فصلنامه مطالعات میان رشته‌ای فقه، شماره ۶، ۱۴۰۱.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۲۳، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.
- یثربی، سید علی محمد؛ محمودی، جواد، اثبات حکم با قاعده لاضرر، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۴، ۱۳۹۷.

# نگرشی مجدد در تاریخ حقوق بین الملل کیفری

## ( دادگاه تیمور شرقی پرونده دومینگوس مندونکا )

دکتر احسان صادقی پور

دانشجوی دکتری تخصصی حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران

لیلا خوارزمی

استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۸.۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۲.۰۲

### چکیده

از سال ۱۹۷۵ تا ۲۰۰۲، اندونزی به طور غیرقانونی تیمور شرقی را اشغال کرد. این اشغال با خشونت علیه مردم غیرنظامی تیمور شرقی، به ویژه علیه کسانی که هوادار استقلال بودند یا شناخته می شدند، مشخص شد. در این روند و پس از آن با جنایاتی همچون نسل کشی، تجاوز جنسی، شکنجه و انتقال اجباری مردم با هدف جلوگیری از رسیدن به استقلال، مواجه شد. متهم، دومینگوس مندونکا، مهمترین عضو از یک گروه شبه نظامی معروف به ( تیم ساسورات ابلائی) بود که نویسنده در این پژوهش بر آن است از طریق مطالعه اسناد دادرسی یکی از مهمترین محکومین دادگاه تیمور شرقی با هدف اطلاع دانش پژوهان حقوقی از مسیر عدالت کیفری بین المللی، پرونده مزبور را به صورت مفصل از زمان دستگیری متهم تا صدور رای دادگاه بررسی نماید.

واژگان کلیدی: اندونزی؛ دادگاه تیمور شرقی؛ دومینگوس مندونکا؛ عدالت کیفری

## **A new look at the history of international criminal law (East Timor court in the Domingos Mendonca case)**

### **Abstract**

. From ١٩٧٥ to ٢٠٠٢, Indonesia illegally occupied East Timor. The occupation was characterized by violence against the civilian population of East Timor, especially against those who were or were known to be pro-independence. In this process and after that, he faced crimes such as genocide, rape, torture and forced transfer of people with the aim of preventing independence. The accused, Domingos Mendonca, was the most important member of a militia group known as (Team Sasurat Eblai), which the author in this study is one of the most important convicts of the East Timor court, with the aim of informing legal scholars about the path of criminal justice. International, examine the case in detail from the time of the arrest of the accused to the issuance of the court verdict.

**Keywords:** Indonesia; Court of East Timor; Domingos Mendonca; Criminal Justice.

## مقدمه

تیمور شرقی که تا سال ۱۹۹۹ به وسیله اندونزی اداره می شد، در سال ۱۹۹۹ متعاقب همه پرسه و جنبش مردمی به استقلال رسید (آزاد بخت و بلخی، ۱۳۹۳: ۲۶۵). در واقع بعد از اعلام خودمختاری در تیمور، کشور اندونزی که همواره به فکر اشغال این سرزمین بود با حربه ایجاد اختلاف میان جنبش های استقلال شدت (Amnesty International and JSMP, ۲۰۰۴: ۳) طلبانه زمینه حمله به مناطق مورد بحث را فراهم کرد این حملات و قبیح آن ها به حدی است که در برخی از دهکده ها به جز کودکان زیر چهار سال، تمامی ساکنان را سر بریدند (سیدآقادر بندی وجوانمرد، ۱۳۹۶: ۲). در ۱۷ آوریل ۱۹۹۹، اعضای شبه نظامیان ساسورات ابلائی (از جمله متهم) روستای اورلولی را مورد حمله قرار دادند. در جریان این حمله، یک روستایی به نام لوئیس بوکو سیری مورد ضرب و شتم و ضربات چاقو قرار گرفت تا اینکه توسط اعضای شبه نظامیان درگذشت. آگاپیتو دی آراوخو یکی دیگر از روستاییان بود که توسط شبه نظامیان با ضربات چاقو کشته شد. شبه نظامیان همچین به روستای سوریرما حمله کردند. خانه ها را ویران کردند، ۲۰۰ نفر از اهالی روستا را مجبور به نوشیدن مخلوطی از خون حیوانات و انسان کردند.

زنان و مردان مورد ضرب و شتم قرار گرفتند. متهم (دومینگوس مندونکا) نیز در این اقدامات شرکت کرد از جمله بازجویی کردن از روستاییان در مورد عقاید سیاسی آنها و تهدید به کشتن هواداران استقلال. مسئله مسئولیت کیفری فردی برای جنایات مرتکب شده در آخرین سال اشغال، زمانی که هفته های پس از همه پرسه استقلال در ۳۰ اوت ۱۹۹۹ شاهد ویرانی بی نظیری بر جمعیت غیرنظامی و زیرساخت ها بود، از اهمیت ویژه ای برخوردار را برانگیخت این اقدامات واکنش جامعه بین المللی. (S. Linton & C. Reiger, ۲۰۰۱: ۱۶۷) است و دادگاه ویژه تیمور شرقی با همکاری سازمان ملل متحد ایجاد شد.

این دادگاه به منظور تعقیب و رسیدگی به جنایات ارتكابی به وسیله نظامیان اندونزیایی و شبه نظامیان مورد حمایت آن دولت که به قتل هزاران نفر از مردم انجامیده بود تشکیل شد تا مرتکبان جنایات را محاکمه کند (شیروی و آقا سید علی دربندی، ۱۳۹۷: ۱۷۹). این محاکم نسل سوم که به محاکم مختلط (Nouwen, ۲۰۰۶: ۱۹۰-۲۱۴) یا بین المللی شده نیز شناخته می شوند، تلفیقی از محاکم (Romano, Nollkaemer and K.Klefiner, ۲۰۰۴: ۳۱۷-۳۲۱) بین المللی و داخلی به عنوان محصول تقسیم مسئولیت قضایی میان کشورهای محل جایگیریشان و هويت. (Higonnet, ۲۰۰۵: ۳۵۲) های بین المللی می باشند.

## ۱- شرح مفصل واقعه

بین آوریل ۱۹۹۹ و اکتبر ۱۹۹۹ شبه نظامیان تیم ساسورات ابلائی از دهکده لبرما در حوالی دهکده ارما در همان منطقه، (منطقه مانوفاهی) فعالیت می کردند در این دوره، شبه نظامیان تیم ساسورات ابلائی علیه آن دسته از افراد غیرنظامی در همان منطقه فرعی که وابسته به استقلال یا وابسته به اهداف استقلال بودند، اعمال خشونت آمیز انجام دادند. این حملات شامل ارعاب، تهدید، بازداشت غیرقانونی، آتش سوزی، قتل، تبعید اجباری و سایر اعمال آزار و اذیت بود. بسیاری از اقدامات علیه غیرنظامیانی که فرض می شد عضو یا طرفدار فالیتیل باشند (نیروهای فورکاس برای آزادی تیمور شرقی) یا هواداران استقلال، صورت می گرفت. اعضای شبه نظامیان تیم ساسوروت ابلائی در بسیاری از پست های نگهبانی قرار داشتند. از جمله در آنیلومو، بلارو، داتینا، گروتو لائو، هایلسو، لوبرما، اورما، سوری-رما، تیونای، تیتیکوآ و تریلوو. به اعضای شبه نظامی که از این پست ها محافظت می کردند، دستور داده شد که هر هوادار استقلال یا فالیتیل را که قصد عبور از پست های شبه نظامی را داشته باشند، دستگیر کنند. دادستان ادعا کرد که متهم دومینگوس مندونکا، یک عضو شبه نظامیان ابلائی بود، و از اشخاص، مسئول این گروه در قتل لوئیس بوکو سیری و آگاپیتو دی آراوخو بود. شبه نظامیان ساسوروت ابلائی روستاییان در اورلولی را تهدید کردند و در آوریل ۱۹۹۹، برنادینو دا کوستا و بنجامین سارتو به دهیاران گفتند که همه کسانی که به خودمختاری رای نمی دهند کشته خواهند شد. در تاریخ ۱۷ آوریل ۱۹۹۹ اعضای تیم ساسورات ابلائی به رهبری برنادینو دا کوستا، و بنجامین سارتو و دو شبه نظامی دیگر به روستای اورلولی حمله کردند. حدود ۷۸ نفر از اعضای شبه نظامیان در این حمله شرکت کردند. وقتی اعضای شبه نظامیان ابلائی به اورلولی رسیدند، آنها به سه گروه تقسیم شدند. شبه نظامیان، روستاییانی را که در روستا پیدا کردند مورد ضرب و شتم قرار دادند. از جمله اعضای نظامیان که در این حمله شرکت داشتند شامل دومینگوس مندونکا، ایلویو کویتائو، آنتونیو دی جسوس، عبدالله ارنستو، احمد، آرمیندو، تیاگو ماوسرا، آلبرتو، فانسیسکو مندونکا، رزیکولی بودند. اهالی روستا لوئیز دی آراوجو، ماریا پرگو، آگاپیتو دی آراوجو و لوئیس بوکو سیری از جمله کسانی بودند که در روستا باقی ماندند و فرار نکردند. لوئیس بوکو سیری در نزدیکی خانه خود ایستاده بود که اعضای شبه نظامیان ساسوروت ابلائی به روستا حمله کردند. برخی از اعضای ساسورات ابلائی از جمله دومینگوس مندونکا و فرانسیسکو مندونکا به لوئیس بوکو سیری حمله کردند. چهار مرد دیگر در خانه لوئیس بوکو سیری مخفی شده بودند. که همه این مردها طرفداران استقلال بودند. وقتی شبه نظامیان به لوئیس بوکو سیری حمله کردند، این چهار نفر به جنگل فرار کردند. برخی از اعضای شبه نظامیان آنها را تعقیب کردند اما نتوانستند آنها را

بگیرند. دومینگوس مندونکا؛ و فرانسیسکو مندونکا ("Resimau") لوئیس بوکو سیری را با چوب ضرب و شتم کردند و با ضربات چاقو او را کشتند. اندکی پس از کشته شدن لوئیس بوکو سیری، دومینگوس مندونکا؛ و فرانسیسکو مندونکا به سایر اعضای شبه نظامی که آگاپیتو دی آراوخو را می زدند پیوستند. اعضای شبه نظامی ساسورات ابلانی ماریا پریگو را از پسرش آگاپیتو دی آراوخو دور کردند و با نیزه او را کشتند. از اعضای شبه نظامی ساسورات ابلانی که در ضرب و شتم و کشته شدن آگاپیتو دی آراوخو شرکت داشتند، دومینگوس مندونکا بود. دادستانی ادعا کرد که بین آوریل ۱۹۹۹ و سپتامبر ۱۹۹۹، برنادینو دا کوستا، دومینگوس مندونکا و سایر اعضای تیم ساسورات ابلانی دهکده های ساکن در اطراف و در همان منطقه، به ویژه داتینا، گروتو لائو، لوبرما، اورما، اورلولی و سوری رما را مورد وحشت قرار دادند. روستاییان را مرعوب کردند، املاک آنها را توقیف و یا تخریب و حیوانات را کشتند. دهکده هایی که بیشتر طرفداران فالیتیل و استقلال تیمور شرقی بودند مورد حمله قرار گرفتند. دادستان ادعا کرد که متهم از نظر کیفری مسئول جنایات متهم شده علیه وی در این کیفرخواست در نقض بخش ۱۴ مقررات ۲۰۰۰/۱۵ UNTAET تحت بخش ۱۴.۲ و ۱۴.۳ (الف) تا (ج) شده است. دادستان تأکید کرد که این اعمال توسط متهمان به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه مردم غیرنظامی و به ویژه هدف قرار دادن کسانی که طرفدار استقلال بودند، و با اطلاع از حمله به تیمور شرقی مرتبط بودند، انجام شد.

## ۲- هویت متهم

دومینگوس مندونکا (۳۹ ساله، متاهل، متولد سپتامبر ۱۹۶۴ در هولاروا، منطقه منوفای، تیمور شرقی، کشاورز). (۲۰۰۳:۲). (THE PROSECUTOR v. DOMINGOS MENDONCA)

## ۳- شرح شکایت و کیفرخواست دومینگوس مندونکا

در آگوست ۲۰۰۱، دادستان عمومی در منطقه دیلی شکایت و علیه متهم دومینگوس (به زبان انگلیسی) کیفرخواست کتبی صادر کرد متهم دومینگوس مندونکا در سه فقره متهم شد به جنایات علیه بشریت: دو مورد قتل به عنوان جرم علیه بشریت، و یک مورد آزار و شکنجه برای عقاید سیاسی به عنوان جنایتی علیه بشریت. و کپی از اسناد زیر به کیفرخواست پیوست شد:

۱- لیست قربانیان، ضمیمه الف شامل:

الف) قتل کارلیتو د آراجو با نام مستعار تیلمان ( مائولیتو )، لوئیس بوکو سیری، آگاپیتو دی آراوخو، آفونسو دا کوستا، آرمیندو داکوستا (آرمیندو تیلمان)، کارلیتو دا کوستا (آلبرتو زیمنس) و لورنگو تیلمان.

ب) بازداشت، آزار و شکنجه: روستاییان از گروتو لآو، روستاییان از اورما، روستاییان از لوبرما، روستاییان از داتینا، روستاییان از سوری-رما، روستاییان از اورلولی، روستاییان از تریلوو.

۲- ضمیمه ب: حاوی اظهارات شاهدان، مظنونان دومینگوس مندونکا، بنیامین سارمنتو، رومیرو تیلمان و جوآ سارمنتو و همچنین مدارک مستند که همه ضامم جز لاینفک کیفرخواست بودند که منشی دادگاه در ۱۷ آگوست ۲۰۰۱، به متهم دومینگوس مندونگا و نماینده قانونی وی، گزارشی مبنی بر دریافت کیفرخواست را ارائه داد. متهم دومینگوس مندونکا از ۳۱ مارس ۲۰۰۱ دستگیر و بازداشت شد و در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ دادستان کیفرخواست وی را به دادگاه تسلیم کرد.

( THE PROSECUTOR v. DOMINGOS MENDONCA , ۲۰۰۳:۲-۴ )

#### ۴- روند دادرسی متهم

اولین جلسه دادرسی مقدماتی در ۸ نوامبر ۲۰۰۱ تنظیم شد. با این حال، متهم دومینگوس مندونکا شرکت نکرد و جلسه دادرسی مقدماتی برای ۲۲ ژانویه ۲۰۰۲ تنظیم شد. در ۲۲ ژانویه یکی از قضات در

دسترس نبود و برگزاری جلسه دادرسی نیز به ۱۳ فوریه ۲۰۰۲ موکول شد. دادرسی مقدماتی در ۱۳ فوریه ۲۰۰۲ آغاز شد و در ۱۴ فوریه ۲۰۰۲ به پایان رسید. در جلسه دادرسی مقدماتی، دادگاه بررسی کرد که آیا متهم دومینگوس مندونکا کیفرخواست را خوانده است یا اگر کیفرخواست برای او خوانده شده باشد، آیا او ماهیت اتهامات، حق نمایندگی توسط یک مشاور حقوقی، اعتراف به گناه یا بی گناهی در اتهامات را می فهمد؟ متهم دومینگوس مندونکا اظهار داشت که کیفرخواست را خوانده و اتهاماتش را فهمیده است. سپس دادگاه لیست مستندات ارائه شده توسط دادستان عمومی را پذیرفت. در ۱۲ آگوست ۲۰۰۲ دادگاه مجدداً به ۷ اکتبر ۲۰۰۲ موکول شد زیرا یکی از قضات در دسترس نبود. در ۷ اکتبر ۲۰۰۲، هیئت ویژه دادگاه دیگری برگزار کرد که جلسه رسیدگی به ۲ دسامبر ۲۰۰۲ موکول شد. با توجه به اینکه در ۲ دسامبر، هیئت ویژه مشغول دادرسی پرونده لولوتوئه بود، جلسه دادگاه به ۱۷ مارس ۲۰۰۳ موکول شد. در ۱۷ مارس ۲۰۰۳ یکی از قضات در هیأت ها

با پرونده دیگری درگیر شد و تصمیم گرفت دادگاه را به ۱۹ مه ۲۰۰۳ موکول کند. در ۱۹ مه ۲۰۰۳ بازگشت یکی از قضات هیئت به کشور خود منجر به تعویق دادرسی به ۳۰ ژوئن ۲۰۰۳ شد.

#### ۵- قواعد قابل اعمال در دادگاه

مقررات و بخشنامه های UNTAET (آیین نامه اداره انتقالی ملل متحد)، معاهدات قابل اجرا و اصول و هنجارهای شناخته شده حقوق بین الملل، از جمله اصول تثبیت شده حقوق مخاصمات مسلحانه بین المللی طبق بخش ۳ UNTAET آیین نامه شماره ۱۹۹۹/۱، قانون اعمال شده در تیمور شرقی قبل از تاریخ ۲۵.۱۰.۱۹۹۹، تا زمانی که با مقررات UNTAET یا قوانین بعدی جایگزین شود، و تا آنجا که با استانداردهای حقوق بشر شناخته شده در سطح بین المللی مغایرت نداشته باشد (INTERPRETATION OF ARTICLE ۱ OF LAW ۲/۲۰۰۲)، قطعنامه ۱۲۷۲ شورای امنیت سازمان ملل متحد (۱۹۹۹).

#### ۶- دفاعیات وکیل

در مورد قتل لوئیس بوکو سیری و آگاپیتو دی آراوخو وکیل مدافع در کل اتهامات مطرح شده علیه دومینگوس را رد می کند. به گفته وکیل مدافع، مستندات و سایر شواهد در طول دادگاه نشان می دهد که متهم در مرگ لوئیس بوکو سیری و آگاپیتو دی آراوخو نقش نداشته است.

در اظهارات خود ماریا پریگو، مادر یکی از قربانیان و شاهد، اشاره ای به حضور دومینگوس مندونکا نشده است. وکیل مدافع ادعا می کند که دومینگوس مندونکا کشاورزی بود که مانند بسیاری دیگر از اعضای شبه نظامیان، توسط فرماندهان این گروه (برناردینو داکوستا، بنیامین سارنتو و گیلهرم مارکوال) تحت تهدید مجبور به عضویت در شبه نظامیان ابلاتی شد. او مسلح نبود و فقط یک قمه، وسیله ای معمولی برای تیموری ها که در مزرعه کار می کند و برای دفاع از خود استفاده می کند، حمل می کرد، زیرا شرایط در آن زمان دشوار بود. در زمان مرگ دو قربانی، متهم در دهکده اورلولی نبود، او در اورما بود. نمی دانست که آنها چه کسی هستند، آنها را نمی شناخت.

او هرگز این افراد را ندیده بود. وی از آنجا که فرمانده نبود در برنامه کشتار مردم شرکت نکرد و حتی در این گروه حرفی برای گفتن نداشت. فقط دو شاهد وجود دارد که می گویند دومینگوس مندونگا در آنجا حضور داشته است. با این حال اظهارات آنها معتبر نیست.

(THE PROSECUTOR V. DOMINGOS MENDONCA, ۲۰۰۳:۷-۱۰).

#### ۷- شهادت شهود

اما شهود دیگر از جمله لوئیز دی آراوخو در سال ۱۹۹۹، در دهکده اورلولی زندگی می کرد و در جریان حمله در روستا در ۱۷ آوریل ۱۹۹۹ که منجر به کشته شدن لوئیس بوکو سیری و آگاپیتو دی آراوخو شد، در آنجا حضور داشت و مورد ضرب و شتم مهاجمان قرار گرفت. شاهد به حقایق زیر شهادت داد:

- شبه نظامیان برای کشتن وارد روستای اورلولی شدند.

- سه بخش شبه نظامیان وارد دهکده اورلولی شدند.

- در آن زمان، متهم دومینگوس مندونکا به یک قمه و نیزه مسلح بود.

- متهم همراه با گروهی بود که ضرب و شتم می کرد و آگاپیتو دی آراوخو را کشت.

ماریا پرگو دیگر شاهد واقعه در اظهارات خود اعلام کرد که پسرش آگاپیتو توسط بسیاری از اعضای شبه نظامیان مورد حمله قرار گرفت و مورد ضرب و شتم قرار گرفت.

او اظهار داشت که او را در آغوش گرفت و دو نفر از اعضای شبه نظامیان پسرش را از او گرفتند و دستان او را خنجر زدند. وی اظهار داشت که از نام اعضای دیگر شبه نظامیان که پسرش را کشته اند، نمی داند. اظهارات شاهد نشان می دهد که بیش از یک نفر آگاپیتو دی آراوخو را کشته است، و او نام آنها را نمی دانسته است. از شهادت شاهدان، دادگاه دریافت که متهم مسئول قتل آگاپیتو دی آراوخو و لوئیس بوکو سیری است، زیرا متهم در ۱۷ آوریل ۱۹۹۹ همراه با گروه شبه نظامیانی بود که وارد اورلولی شده و به قتل مرتکب شدند. لوردس پینهرو شاهد دیگر ماجرا بود و شهادت داد که در هجدهم آوریل ۱۹۹۹، شبه نظامیان آبلای به روستای گروتولائو آمدند. در آن زمان همه مردان روستا برای پنهان شدن رفته بودند و فقط زنان در روستا باقی مانده بودند.

- شبه نظامیان روستا را محاصره و محافظت می کردند تا کسی نتواند فرار کند.

- متهم به نیزه مسلح بود.

- متهم زنان را تهدید به سکوت کرد و گفت در صورت صحبت کردن آنها کشته خواهند شد. با توجه به تمام مستندات، به ویژه شهادت شاهدان لوئیس داسیلوا، ایلویو کویتائو، آنتونیو دو جسوس، لئوناردو پائچکو، اسکار برام آراوجو، ژاکیتو دو آراوجو، بندیتو مندونکا، لوردس پینهرو، آرمیندو داکوستا، کازیلدا پایچکو، ماریا باروس، هرمنزیلدا پینهرو، رومانو فریتاس، روزا فریتاس، الیزا دا کنیسهائو و آنتونیو لوپس و گزارش های مربوط به وضعیت حقوق بشر در تیمور شرقی، یادداشت دبیرکل، گزارش کمیسیون اندونزی در مورد نقض حقوق بشر در تیمور شرقی، دادگاه این واقعیت

را ثابت کرد که در تاریخ ۱۷ آوریل ۱۹۹۹ اعضای گروه شبه نظامی ساسورات ابلانی به رهبری برنادینو دا کوستا، و بنیامین سارنتو و دو گروه شبه نظامی دیگر با تعداد حدود ۸۰ نفر به روستای اورلولی حمله کردند. اعضای شبه نظامیان ابلانی به سه گروه تقسیم شدند: دو گروه (فهیلوهان و کاربالائو) حومه روستا را محاصره کردند و گروه سوم تحت فرماندهی برنادینو دا کوستا، و بنیامین سارنتو به دهکده حمله کرد و روستاییانی را که در آنجا یافتند مورد ضرب و شتم قرار داد. از جمله مهاجمان، ایلیو کوینتائو، آنتونیو دی جسوس، عبدالله ارنستو، احمد، آرمیندو، تیگو ماوسرا، آلبرتو، فرانسیسکو مندونکا، رسیکولی و متهم دومینگوس مندونکا بودند.

(THE PROSECUTOR v. DOMINGOS MENDONCA, ۲۰۰۳:۱۰-۱۷).

#### ۸- ترکیب قضات و رای دادگاه

بنابراین دادگاه نتیجه گیری زیر را انجام داده است:

۱- متهم در هنگام صف آرایی، جایی که دستورات برای حمله به دهکده اورلولی داده می شد، حضور داشت.

۲- وی در بازجویی، با سایر اعضای شبه نظامیان همکاری کرد. ضرب و شتم (لویژ دی آراوخو و الیزا دا کنسنیاو) و کشتن قربانیان (آگاپیتو دی آراوخو و لویس بوکو سیری)، در مجبور کردن روستاییان به نوشیدن مخلوطی از خون انسان و حیوان، در آتش زدن خانه ها و کشتن دام ها، زنان با تهدید به مرگ باید برای شبه نظامیان آشپزی بکنند و تخریب اموال خصوصی.

۳- متهم، ملبس به لباس ابلای و مسلح به قمه، نیزه و شمشیر به طور مشترک با سایر اعضای شبه نظامیان تیم ساسورات ابلای در این اقدامات شرکت کرد. با توجه به موارد فوق، ثابت شده است که متهم در آزار و شکنجه هواداران استقلال در روستاهای ارلولی، گروتولائو، داتینا، سوریرما و، به جرم آزار و شکنجه علیه بشریت، شرکت داشته بنابراین به اتهام ادعا شده در بخش ۲۲ کیفرخواست به دلایل ذکر شده مقصر شناخته شد.

پس از در نظر گرفتن تمام شواهد ارائه شده در طول دادگاه و استدلال های طرفین و قوانین آیین دادرسی کیفری، دادگاه متهم دومینگوس مندونکا را محکوم و متحمل مجازات می کند؛ به شرح زیر: مقصر قتل لویس بوکو سیری و آگاپیتو دی آراوخو، در حدود ۱۷ آوریل ۱۹۹۹ در دهکده ارلولی (منطقه مانوفاهی)، به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه مردم غیرنظامی با اطلاع از حمله، بدین ترتیب متهم مرتکب به جنایت علیه بشریت شده طبق بند ۵.۱ (الف) مقررات

UNTAET ۱۵/۲۰۰۰ در مجازات این جنایت، به ۹ سال زندان محکوم شده است. مقصر آزار و شکنجه طرفداران استقلال تیمور شرقی در همان منطقه مانوفاهی، به ویژه روستاییان روستای اورما، روستای داتینا، روستای گروتو لائو، دهکده اورلولی، دهکده لوبرما، روستای سوری رما بین آوریل ۱۹۹۹ و سپتامبر ۱۹۹۹ به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه مردم غیرنظامی با آگاهی از حمله، بدین ترتیب مرتکب جرم علیه آزار و شکنجه بشریت مطابق با بند ۵.۱ (ح) مقررات UNTAET ۲۰۰۰/۱۵ شده در مجازات این جنایت، متهم به ۶ سال زندان محکوم شده است. ترکیب قضات: قاضی ماریا ناترسیا گوسمانو پیرا، رئیس هیئت رئیسه قاضی سیلور ان توکامازینا، قاضی زیگفرید بلاک. طبق بخش ۱۰.۳ U.R. ۲۰۰۰/۱۵، بخش ۴۲.۵ U.R. ۲۰۰۰/۳۰ و ماده ۳۳ قانون مجازات اندونزی دادگاه مدت زمان بازداشت متهم دومینگوس مندونکا را به دلیل این که وی ۳ ماه و ۲ روز در بازداشت بود کسر می کند. قابل ذکر است سنگین ترین مجازات اعمال شده در پرونده های مطرحه در دادگاه تیمور شرقی متعلق به آگوستینو داکوستا بود که به جرم نقض حقوق بشر و قتل به ۱۵ سال حبس محکوم شد

(The Prosecutor v. Agustinho da Costa, ۲۰۰۱:۲۰).

#### ۹- موانع دادگاه تیمور شرقی در مسیر عدالت کیفری

مسئله تضمین همکاری با مسولین محلی یا کشور های خارجی یکی از دغدغه های جدی این دادگاه است بدون همکاری تضمین حضور متهمین، شهود، انجام تجسس و بازرسی و جمع آوری مدارک اگر غیر ممکن نباشد بسیار دشوار است و مصداق آن عدم همکاری اندونزی با هیات رئیسه های اطاله دادرسی از جمله ضعف های (eric, ۲۰۱۱: ۵۷۳-۵۷۵ تیمور شرقی در خصوص ژنرال ویرانتو بود این دادگاه بود به عنوان مثال، در آوریل ۲۰۰۳، قاضی بنفیتو موسو راموس، قاضی بین المللی از کیپ ورد، کار خود را به پایان رساند در حالی که پرونده هایی که وی رسیدگی می کرد هنوز در جریان بود. در نتیجه روند دادرسی باید مجدد شروع می شد از جمله این موارد مربوط به لینو دو کاروالیو، یک رهبر شبه نظامی از منطقه باتوگاد بود. لینو دو کاروالیو در اواخر اکتبر سال ۲۰۰۰ بازداشت شد و در ماه مه ۲۰۰۱ به جرم جنایت علیه بشریت از جمله قتل و اقدامات غیرانسانی متهم شد. دادگاه وی در فوریه ۲۰۰۲ آغاز شد.

بیش از یک سال پس از شروع دادگاه، قاضی بنفیتو موسو راموس کشور را ترک کرد و باعث توقف روند دادرسی شد. دادگاه در فوریه ۲۰۰۴ مجدداً تحت هیأت ویژه تشکیل شد در آن زمان لینو دو کارلوتو به جرم قتل به عنوان یک جنایت علیه بشریت مقصر شناخته شد و به هفت سال

زندان محکوم شد. مسئله دیگر تجربه قضات بین المللی است قضات بین المللی در هیئت های ویژه طبق آیین نامه تأسیس هیئت های ویژه، "باید با توجه به تجربه قضات در حقوق کیفری، حقوق بین الملل، از جمله حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بشر"، در ترکیب کلی هیئت ها در نظر گرفته شود. با این حال، به نظر می رسد جذب قضات بین المللی با سابقه حقوقی و تجربه مربوط به تیمور برای حضور در هیئت های ویژه دشوار بوده و در برخی موارد قضاتی نیز استخدام شده اند که فقط دارای تخصص یا تجربه محدود در زمینه های مربوط به حقوق هستند.

### نتیجه گیری

هدف از تأسیس این نوع محاکم کیفری بین المللی فراهم آوردن امکان اجرای دادرسی های کیفری منصفانه است. از آنجاکه در مخاصمات مسلحانه داخلی یا در وضعیت استقلال طلبی جنایات ارتكابی یا توسط قدرت حاکم یا از سوی گروه های مخالف و مبارز رخ می دهد، محاکمه عادلانه متهمان و عاملان آن جنایات توسط محاکم ملی با تردید و دشواری مواجه می شود؛ زیرا حاکمیت در معرض این اتهام قرار دارد که در مورد مأموران خود با دیده اغماض بنگرد و جریان محاکمات آنها را به گونه ای صوری برگزار کند تا به براءت آنها ختم شود بنابراین برای تأمین استقلال این محاکم، قضات بین المللی در کنار قضات ملی حضور دارند. در اساسنامه آن ها نیز بر حقوق متهم و تضمین های لازم آن به صراحت تأکید شده تا بدین ترتیب امکان دادرسی عادلانه فراهم آید.

## منابع

- آزادبخت، فرید و بلخی، سارا (۱۳۹۳)، بررسی دادگاه ویژه تیمور شرقی در میانه دادگری و دولتمسازای دستاوردها و چالش ها، در: محاکم کیفری بینالمللی، زیر نظر مهدی ذاکریان، تهران: انتشارات تیسرا، چاپ اول
- جوانمرد، بهروز، آقا سید علی دربندی، اشکان (۱۳۹۶) ویژگی دادگاه کیفری های بین المللی نسل سوم، سومین - شیروی، مهسا، آقا سید علی دربندی، اشکان (۱۳۹۷) دادگاه های -کنفرانس سراسری حقوق و مطالعات قضایی کیفری بین المللی نسل سوم ، انتشارات مجد تهران، چاپ اول .
- Amnesty International & JSMP (۲۰۰۴) Indonesia & Timor-Leste Justice for Timor-Leste: The Way Forward, <https://www.amnesty.org/en/documents/asa۲۱/۰۰۶/۲۰۰۴/en/>
- Eric, Stein (۲۰۱۱) The Poplars of East and Wes", EJIL, Vol. ۲۲, No. ۳.
- INTERPRETATION OF ARTICLE ۱ OF LAW ۲/۲۰۰۲ OF ۷ AUGUST AND SOURCES OF LAW: <https://www.legal-tools.org/doc/۴۲۱۴۰۴/pdf/>
- Nouwen (۲۰۰۶) "Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crims Courts", Utrecht Law Review, Vol. ۲, No. ۲.
- P.Romano, Cesare, Nollkaemer, Andre and K.Klefiner, Jann (۲۰۰۴) "trans", Internationalized Criminal Courts, Sierra Leone, East Tomor, Kosovo, and Cambodia, OUP.
- R.Higonnet, Etelle (۲۰۰۵) Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice, Reform Ariz.J.Intl & Comp.L.No. ۲۳.
- Suzannah Linton and Caitlin Reiger (۲۰۰۱) The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admissions of Guilt, Duress and Superior Orders, Yearbook of International Humanitarian Law , Volume ۴ , December ۲۰۰۱ , pp. ۱۶۷ – ۲۱۲.
- The Prosecutor v. Agostinho da Costa (۲۰۰۱) [/http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/۸۰۲/Da-Costa](http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/۸۰۲/Da-Costa)
- THE PROSECUTOR v. DOMINGOS MENDONCA (۲۰۰۳) <https://www.legal-tools.org/doc/bab۱ab/pdf->

# بررسی تطبیقی حضانت فرزند پس از طلاق در قوانین کشورهای اسلامی

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جویی  
دانشیار، دانشگاه گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران

فریبا طائی  
دانشجوی دکتری، گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۱۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰.۰۹.۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۳.۱۹

## چکیده

حقوق کودک، یکی از مهم ترین حقوق در قوانین کشورهای اسلامی می باشد که شامل حقوق مالی و غیر مالی (معنوی) می شود؛ از مهمترین حقوق معنوی کودک حق حضانت می باشد؛ به همین علت مسئله حقوق ومسئولیت های پدر ومادر در امر حضانت و ولایت کودکان در سنن مذهبی یکی دیگر از موضوعاتی است که مورد بحث و چالش حقوقدانان کشور های مختلف قرار گرفته است. این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی و تطبیق قوانین کشورهای اسلامی نگاشته شده است در پی تبیین حق حضانت در قوانین کشور های اسلامی است و موضوعی که در امر حضانت باعث ایجاد تمایز بین پدر و مادر در قوانین کشورهای اسلامی شده است آن است که این قوانین و سنت ها، مقررات ویژه ای را در ارتباط با سرپرستی کودکان دختر و پسر، توسط پدر ومادر تعیین نموده است. براساس این سنت ها، ظاهراً در هنگام جدایی پدر و مادر، معیار اصلی در تعیین سرپرست برای کودک، سن طفل می باشد.

نتایج این تحقیق نشان می دهد که قوانین مربوط به سرپرستی کودک در میان کشورهای مسلمان به سمت و سوی اولویت دادن به «منافع عالیة کودک» تمایل پیدا کرده است و نسبت به امر حضانت کودک برای پدر و مادر تکالیف و وظایفی مخصوصی معین نموده اند.

**واژگان کلیدی:** حضانت، کودک، پدر و مادر، کشورهای اسلامی، حقوق.

## Comparative study of child custody after divorce in the laws of Islamic countries

### Abstract

Children's rights are one of the most important rights in the laws of Islamic countries, which include financial and non-financial (spiritual) rights; One of the most important spiritual rights of a child is the right of custody; For this reason, the issue of the rights and responsibilities of father and mother in the matter of custody and guardianship of children in religious traditions is one of the issues that has been discussed and challenged by jurists of different countries. This article, which is written in a descriptive-analytical method and applying the laws of Islamic countries, seeks to explain the right of custody in the laws of Islamic countries, and the issue that has caused a distinction between father and mother in the laws of Islamic countries in the matter of custody is that this Laws and traditions have defined special regulations regarding the guardianship of male and female children by father and mother. According to these traditions, apparently, when the parents are separated, the main criterion in determining the guardian for the child is the child's age.

The results of this research show that the laws related to child custody among Muslim countries have tended to prioritize the "higher interests of the child" and have set specific duties and responsibilities for parents regarding child custody.

**Keywords:** Custody, child, parents, Islamic countries, rights

## مقدمه

یکی از مهمترین اهداف حقوق خانواده تقویت نهاد مقدس خانواده و پاسداری از قداست و حفظ و بقای آن و نیز حمایت از مادران و فرزندان پس از جدایی از شوهر یا خانواده در اثر فوت و... یا طلاق است. به موجب اصل ۲۱ قانون اساسی، قانون باید از مادران در دوران بارداری و حق حضانت، حمایت کند و نیز در صورت نبودن ولی شرعی، قیمومیت فرزندان به مادران شایسته سپرده شود.

طلاق والدین، مجموعه وسیعی از تغییرات و سازمندی‌های مجدد را در خانواده ایجاد می‌کند که در طول زمان بر سازگاری<sup>۲۰</sup> کودک تأثیر می‌گذارند. در این میان یکی از اصلی‌ترین قربانیان این تصمیم والدین، همین کودکان هستند. بنابراین در همین زمینه قانونگذار کشورمان در قوانین متفاوت به بحث حمایت از کودکان پرداخته که یکی از قوانین مهم، قانون حمایت خانواده است. یکی از نقاط قوت قانون خانواده جدید تأکید بر بحث سرپرستی کودکان در لابه‌لای مواد این قانون است، زیرا ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده در اشاره به صلاحیت دادگاه‌های خانواده بحث حضانت کودکان را نیز مطرح کرده و این بحث در مواد بعدی قانون جدید حمایت خانواده نیز اشاره شده است.

مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده دادگاه ضمن رأی خود در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. باید اضافه کرد که مطابق قانون جدید حمایت خانواده، همچنین دادگاه مکلف است که در این مواقع با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. (حضانت در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱).

در زندگی مشترک، زن و شوهر باید به صورت مشترک و با تشریک مساعی در نگهداری، تربیت طفل و حضانت او کوشا باشند اما در صورتی که در دوران زندگی مشترک درباره نگهداری و تربیت طفل بین پدر و مادر اختلافی ایجاد شود، با توجه به حکم ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی که ریاست خانواده را از خصایص شوهر دانسته است، به نظر می‌رسد در موارد اختلاف، نظر شوهر باید مراعات شود. البته در هر صورت در موضوع حضانت، اصل رعایت مصلحت کودک است. بنابراین اگر رویه پدر

در تربیت و نگهداری از طفل به مصلحت وی نباشد، هریک از نزدیکان او از جمله مادر می‌تواند در این مورد به دادگاه مراجعه کند (حضانت در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱).

### ۱: تعریف مفاهیم و اصطلاحات

#### ۱.۱- مفهوم حقوق کودک

تعریف دوره کودکی یکی از موضوعات مهم و جالب توجه در بررسی مسایل کودکان است، دلیل این امر هم آن است که نهادها و قوانین مختلف، تعاریف گوناگونی از دوره کودکی ارائه داده‌اند، که ارائه تعاریف و ملاک‌های گوناگون نه تنها در ایران و کشورهای کمتر توسعه یافته بلکه در کشورهای پیشرفته هم امر برنامه‌ریزی برای این قشر را با مشکل اساسی روبرو کرده است.

از دیدگاه حقوقی کودک یا صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روانی لازم برای زندگی نرسیده باشد (عبادی، ۱۳۹۲، ص ۵). چون حیات واقعی کودک با تولد آغاز می‌شود، لذا دوران کودکی هم با تولد شروع می‌شود.

کنوانسیون حقوق کودک در ماده (۱) خود کودک را چنین تعریف می‌کند منظور از کودک افراد انسانی زیر ۱۸ سال است، مگر آنکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود (آقا بیگلویی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۱۳).

منظور از «حقوق کودک» هم حقوقی است که کودک به مناسبت خردسال بودنش دارد و یا از آن محروم است؛ بنابراین آن قسمت از قوانین که سن افراد تأثیری در آنها نداشته باشد و در مورد همه اعم از خردسال و بزرگسال اجرا می‌شود در محدوده حقوق کودک نمی‌گنجد (عبادی، ۱۳۹۲، ص ۶).

#### ۲.۱- حضانت در لغت و اصطلاح

حضانت در لغت: به معنی جانب، پهلو، کنار، پروریدن و نگهداری کردن و درآغوش گرفتن و بغل کردن است. جوهری گفته است: حضن الطائر بیضه بحضنه یعنی پرنده تخمش را زیر بالش گرفت. و جمله «المرأة اذا حضنت ولدها ای التي تقوم علیه فی تربیته». یعنی زن برایتربیت فرزندش برخاست (جوهری، کلمه حضن).

طریحی گفته است: حضانت اسم مصدر است و عبارت است از ولایت بر کودک و دیوانه، برای تربیت او و انجام دادن کارهایی که به مصلحت اوست و نگهداری کودک و قرار دادن او در

رختخواب و شستشو دادن و حمام کردن و شانه زدن و انجام دادن همه کارهایی که به مصلحت کودک است، غیر از شیردادن (طریحی، ج ۱، ص ۵۳۲).

به هر حال، معنی اصلی حضانت در لغت در آغوش گرفتن و به پهلو گرفتن است و از آنجایی که نگهداری و تربیت کودک با در آغوش گرفتن همراه بوده است، بدان حضانت گفته‌اند.

### ۳.۱- حضانت در اصطلاح:

در اصطلاح فقه، حضانت عبارت است از: سلطنت و ولایت بر تربیت کودک و آنچه مربوط بدان است؛ مانند حفظ کردن کودک، قرار دادن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن لباس کودک و ... (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۸۲؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۵، ص ۴۵۸).

برطبق تعریف بالا، حضانت نوعی ولایت و سلطنت است که در سایه آن، تربیت کودک بر آن فرد واگذار شده است و چون حضانت نوعی ولایت است، احکام ولایت بر آن جاری خواهد بود که از جمله آن این کار است که قابل اسقاط نباشد.

در اصطلاح حقوق: حضانت به معنی نگهداری و تربیت کودک است. برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند: نگاهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت گویند. نگاهداری طفل عبارتند از به کاربردن وسایل لازمه برای بقاء و نمو، بهداشت جسمی و روحی طفل مانند دادن خوراک و پوشانیدن لباس پاکیزه، تمیز نگاه‌داشتن طفل به وسیله شستشو، گذاردن در تختخواب و ... که سن طفل اقتضاء می‌کند؛ چرا که کودک در هر سنی به یک نوع سرپرستی نیاز دارد که متناسب با طبیعت او باشد (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۸۸).

براین اساس، حضانت عبارت است از نگهداشتن کودک، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج، با رعایت حق ملاقات برای خویشان نزدیک کودک. بنابراین حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، هرچند حمایت روحی و اخلاقی طفل مورد نظر حقوقی اسلام و حقوق جدید بوده است. (صفائی، ۱۳۷۷، ص ۳۳۱).

### ۲: حضانت حق است یا تکلیف

اینکه حضانت حق است یا تکلیف، در بین فقها اختلاف نظر است. از تعریف بسیاری از فقهای شیعه، چون شهیدین (شهید اول و شهید دوم) فهمیده می‌شود که حضانت تکلیف است (شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۸۲). زیرا در تعریف حضانت گفته‌اند: حضانت نوعی ولایت و سلطنت است که

در سایه آن تربیت کودک به افرادی واگذار می‌شود. لذا وقتی حضانت نوعی ولایت و سلطنت باشد، حضانت تکلیف و حکم خواهد بود که از طرف قانونگذار اسلام به افرادی چون پدر، مادر و... واگذار شد. با این فرض وقتی حضانت تکلیف باشد، احکام تکلیف و حکم مانند عدم قابلیت اسقاط، عدم اخذ اجرت و جوب اجرای آن و... بر آن جاری می‌شود.

برخی از فقها معتقدند: «حضانت حق است نه تکلیف و قانونگذار اسلام آن برای افرادی مقرر نمود تا در سایه آن، به تربیت و نگهداری کودک پردازند» (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲).

صاحب جواهر به این نظریه تمایل پیدا کرده و معتقد است: ادله‌ای که در مورد حضانت وارد شده است، دلالت بر تکلیفی بودن آن ندارد و از سوی دیگر برخی از ادله، رجحان پدر بر مادر، یا مادر بر پدر را مطرح کرده‌اند. لذا در شیردادن، مادر بر پدر برتری دارد، ولی در برخی موارد، پدر بر مادر برتری خواهد داشت. افزون بر آن، شیردادن که نمونه‌ای از حضانت است، بر مادر واجب نیست و مادر می‌تواند آن را ساقط کند و در برابر آن، اجرت دریافت کند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۳). جدای از آن، صاحب ریاض بر حق بودن حضانت تصریح کرده است (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲).

به نظر می‌رسد، حضانت نوعی مسئولیت است که قانونگذار اسلام آن را به افرادی داده است تا در سایه آن، حق کودک اداء شود. به عبارت دیگر در حضانت سه مسئله مطرح است.

الف: حضانت‌کننده ب: حضانت شونده ج: مورد حضانت

حضانت نسبت به مسئله اول (حضانت‌کننده) نوعی مسئولیت و تکلیف است که بر اساس قوانین و شرایطی تدوین شده است و از جمله آن شرایط این است که حضانت‌کننده باید شرایط لازم را دارا باشد. بدین جهت گاهی این شرایط در مادر است مانند شیردادن، و گاهی در پدر است، مانند نگهداری کودک بعد از دوره شیرخوارگی، پرداخت نفقه و... اما حضانت نسبت به حضانت شونده، (یعنی کودک) حق است؛ یعنی حق کودک است که حضانت او توسط افرادی که قانونگذار مشخص کرده است، انجام شود؛ زیرا قانونگذار کودک را آزاد و رها نیافریده است و نسبت به سرنوشت کودک اهتمام داشته است. در نتیجه، حضانت از طرفی مسئولیت و تکلیف، و از طرف دیگر حق است. مسئولیت و تکلیف آن نیز بطور مطلق و بدون قید نیست، بلکه دارای شرایطی است که قانونگذار مشخص کرده است و یکی از شرایط آن، شایستگی حضانت‌کننده است. در نتیجه اگر حضانت‌کننده شایستگی نداشته باشد، این مسئولیت از او گرفته شده و به فرد دیگری واگذار می‌شود.

لذا مادر براساس شایستگی، تا سن ۷ سالگی نسبت به پدر رجحان دارد. بر این اساس، برطبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگاهداری طفل هم حق و هم تکلیف است.

## ۱.۲: آثار حق بودن حضانت

حضانت اقتضاء دارد که هم حق باشد و هم تکلیف. در حالی که حق ماهیتی غیر از تکلیف دارد. با توجه به ادله حضانت ثابت شده که حضانت از مقوله حق به معنی «منسب» است نه حق به معنی سلطه بر مال. از قبیل امتیاز و شایستگی والدین برای رسیدگی به امور فرزند است. با توجه به صلاحیت های انحصاری والدین شارع هم حق حضانت را به ایشان سپرده و هم اجازه اهمال را به ایشان نداده است و این ها نتیجه منسب بودن حضانت (حقی که قابل اسقاط و واگذاری نیست) می باشد. منسب، امتیاز و شایستگی در صاحب منسب است و چون در بحث حضانت فقط والدین صلاحیت نگهداری از کودک را دارند شارع حق حضانت را به ایشان می سپرد. حال اگر والدین از قبول آن امتناع کنند حاکم پدر را اجبار می کند زیرا حضانت در استحقاق و شایستگی ولی طفل است. (پور عبدالله، ۱۳۹۲،)

اگر باز هم پدر نپذیرد، از باب حسبه حاکم امور کودک را به عهده می گیرد و هم چنین کلیه عقود جایز شرعی نسبت به حق حضانت با صلاحدید صاحب منسب در حضانت والدین جایز است مگر آن که این انتقالات خلاف مصلحت کودک باشد. چرا که تشخیص صلاحیت حضانت در والدین هم به ملاک تامین مصلحت کودک بوده است. در خصوص اجرت حضانت برای مادر، استحقاق مادر برای دریافت اجرت حضانت با مانع تکلیف دانستن حضانت روبرو است. اما با منسب دانستن حضانت حق و اختیار داشتن نیز در آن راه می یابد. در نتیجه مادر موظف نبوده و از موقعیت و منسب مادری استفاده کرده است و خدمات وی مستحق اجرت است. در خصوص هزینه حضانت نیز در صورت جدایی والدین و عهده داری مادر هزینه های حضانت که از قبیل نفقه نیستند، به عهده پدر است. زیرا مادر ولایت ندارد و مکلف به حضانت نمی باشد و صرفاً به دلیل صلاحیتش دارای منسب حضانت شده است. مشهور فقهای امامیه برای حق، در مقایسه با حکم سه ویژگی بر شمرده اند:

الف: اسقاط پذیری حق ب: نقل پذیری حق ج: انتقال پذیری حق.

اولین و مهم ترین اثر ویژگی حق قابل اسقاط بودن آن است. بدین معنا که برای هر صاحب حقی اسقاط حقی می باشد. این ویژگی به عنوان یک قاعده فقهی از مسلمات فقهی است و مورد اتفاق فقهای متقدم و متاخر است و تردید در آن سزاوار نیست. علاوه بر این تصریح

فقها را مبنی بر این که هر آن چه عنوان حق بر آن صادق باشد، قابل اسقاط است و هیچ حقی را نمی توان یافت که فاقد ویژگی باشد آوردیم. (فروغی، ۱۳۹۱، ۳)

دومین ویژگی که فقها برای حق ذکر نموده اند، این است که حق قابلیت نقل دارد و مقصود از نقل این است که صاحب حق می تواند، حق خود را به دیگری منتقل کند اعم از این که این نقل حق معوض باشد یا مجانی، بیع باشد یا صلح و یا عقود دیگر. قابل ذکر است که در زبان فارسی از این اصطلاح به انتقال نیز تعبیر می شود و گاهی اوقات این دو واژه به طور مترادف در تعبیر

«نقل و انتقال» به کار می رود و چنین تفکیکی در زبان و ادبیات حقوقی نیز ملاحظه نمی شود. اما در بحث آثار حق، ویژگی قابلیت نقل در برابر قابلیت انتقال به کار می رود و مقصود از نقل جابجایی حق به اسبابی مثل عقود است، در حالی که مقصود از انتقال نقل حق به اسباب قهری تملک نظیر ارث است. از مباحثی که در بحث نقل پذیری حق هست این جمع بندی به دست آمده که درباره صورت های مذکور در کلام محقق نائینی و دیگران صورتی وجود ندارد که بین قابلیت نقل به غیر و قابلیت انتقال به ارث تفاوت باشد، فقط درباره صورت سوم در کلام نائینی یعنی حقوق قابل اسقاط و انتقال به ارث که غیر قابل نقل به غیر است مانند حق خیار. بحث در این بوده که آیا این حقوق قابل نقل به غیر می باشد یا خیر؟ که استدلال محقق نائینی مبنی بر منع و نقد امام خمینی (ره) آورده شده و در واقع کسی در قابلیت انتقال حق به سبب ارث مخالفی ندارد و همه آن را جایز می دانند و اگر بحثی هست درباره نقل حق به غیر است. به همین دلیل است که در کتاب های فقهی بحث انتقال حق به ارث به طور جداگانه طرح نشده و معمولاً با بحث نقل پذیری حق تحت یک عنوان مورد بررسی قرار گرفته است.

علاوه بر خصوصیات سه گانه مذکور، برخی صاحب نظران ویژگی چهارمی را برای حق یا عنوان امکان تعهد به سلب حق بر شمرده اند که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق بر خلاف حکم وجود دارد. بدین معنا که صاحب حق می تواند به صورت تبرعی یا معوض متعهد شود که از حق خود استفاده نکند و این خلاف حکم است که امکان تعهد به سلب آن وجود ندارد. در واقع، مقصود از امکان تعهد به سلب حق، این است که اگر صاحب حق تعهد کند که حق خود را اعمال نکند این تعهد نافذ است در حالی که در حکم سلب آن توسط شخص نافذ نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۲۸۷)

۳: شرایط حضانة

شرایط حضانت شرایطی است که باید در شخصی که نگهداری طفل به او واگذار می شود وجود داشته باشد. شک نیست که حضانت را باید به کسی واگذار کرد که شایستگی و توانایی برای انجام این کار داشته باشد. در فقه امامیه حضانت طفل به کسی واگذار می شود که آزاد (غیر برده)، عاقل، امین و قادر به نگاهداری طفل باشد و نیز اگر طفل مسلمان باشد شخص نامسلمان، اگرچه مادر باشد، نمی تواند حضانت او را عهده دار شود.

### ۱.۳: عقل

به طور طبیعی کسی که می خواهد نگاهداری و تربیت کودک را به عهده بگیرد باید از سلامت فکری و عقلی برخوردار باشد و گرنه مصالح کودک به خطر می افتد و فلسفه حضانت از بین می رود، چرا که مجنون قادر به انجام دادن تکالیف خود نیست تا چه رسد به سرپرستی دیگران، لزوم شرط عقل در حاضن و حاضنه یک حکم اجتماعی در فقه مذاهب پنجگانه است. قانونگذار فقط در مورد مادر این شرط را ذکر کرده ماده (۱۱۷۰) ولی بدیهی است که هیچ گاه نمی توان حضانت را به دیوانه واگذار کرد و از این لحاظ فرقی بین مادر و غیر او نیست.

برخی از فقها بین جنون اطباقی و ادواری در محرومیت از حضانت فرقی قائل نشده اند مگر آنکه عارضه جنون در مجنون ادواری به ندرت اتفاق افتد یا مدت آن کوتاه باشد، ولی برخی دیگر از فقهاء عقیده دارند که جنون ادواری حتی اگر زیاد اتفاق افتد به استناد اطلاق ادله مانع حضانت نیست.

قانون مدنی در ماده ۱۱۷۰ به شرط عقل تصریح کرده است و برخی از حقوقدانان میان مجنون ادواری و دائم تفاوت قائل نشده اند. فقهای اهل سنت نیز بر عاقل بودن سرپرست بجه اتفاق نظر دارند. (بدران، ۱۹۸۱، ۶۸)

### ۲.۳: بلوغ

بدیهی است که شخص نابالغ که خود نیازمند نگهداری است نمی تواند عهده دار حضانت شود. این شرایط با توجه به این که از شرایط عامه تکلیف است در مورد حضانت یک شرط اجماعی است و حضانت هم نوعی ولایت است، البته در موردی که حضانت بر عهده پدر یا مادر باشد ذکر این شرط لازم نیست و شاید به همین دلیل، برخی از فقهاء شیعه آن را مطرح نکرده اند. ولیکن بر مبنای این که اهل سنت اصولاً زنان خویشاوند را در

حضانت مقدم بر مردان می دانند این شرط معقول است مثلاً در صورت وجود عمه یا خاله نابالغ از یک سو و پدر یا جد پدری از سوی دیگر شرط بلوغ معنا پیدا می کند. (روشن، ۱۳۹۰، ۴۰۱)

### ۳.۳: اسلام

مطابق نظر فقهای امامیه، کافر نمی تواند حضانت طفل مسلمان را به عهده بگیرد، در تایید این نظر علاوه بر استدلال به نصوص برخی آیات و روایات می گویند: واگذار کردن حضانت کودک مسلمان، به کافر از لحاظ ایمان و حمایت اخلاقی برای او زیانبخش و خطرناک است. در حقوق ایران، قانونگذار اشاره ای به شرط اسلام نکرده است، لیکن با توجه به فقه امامیه و ملاک ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی که مربوط به وصی است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی می توان گفت کفر حاضن مانع پذیرش حضانت است.

فقهای اهل سنت در مورد شرط اسلام، اختلاف نظر دارند. شافعیان و حنبلیان و برخی از مالکیان آن را پذیرفته اند، زیرا حضانت نوعی ولایت است و کافر نمی تواند ولی مسلمان باشد. حنفیان و برخی مالکیان نیز این شرط را تنها در مورد حضانت مرد پذیرفته اند، اما نظر آنان و بیشتر مالکیان در مورد زن حاضنه این است که مسلمان بودن حضانت کننده شرط نیست بلکه آن چه مهم است سرپرستی کودک و شفقت کردن به او است و دین و عقیده حاضن در این خصوص تأثیر ندارد. با این وجود احناف بر این نظرند که علی الرغم جواز حضانت زن کافره شرط نیست که زن مرتده نباشد، زیرا به نظر احناف، زن مرتده مستحق حبس می گردد، مگر اینکه پشیمان گردد یا در زندان فوت نماید. (الزحیلی، پیشین، ۷۶۰۲)

### ۴.۳: توانایی عملی

بدیهی است که نمی توان حضانت را به کسی که توانایی انجام آن را ندارد محول نمود. این نکته را از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز می توان استنباط کرد، چه به موجب این ماده، اگر در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی کسی که حضانت با اوست صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل به خطر بیفتد، دادگاه می تواند حضانت را به دیگری واگذار کند.

پس معلوم می شود که در نظر قانونگذار توانایی بر مواظبت و نگاهداری طفل شرط حضانت است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴۰)

### ۵.۳: شایستگی اخلاقی

این شرط نیز از شروط حاضن است زیرا کودک، از اخلاق کسی که حضانت را بر عهده دارد تاثیر می پذیرد و انحطاط اخلاقی حاضن تربیت کودک را به خطر می اندازد. بیشتر فقها با ذکر ضرورت امین یا معتمد و ثقه بودن حاضن به این شرط اشاره کرده اند. همچنین لزوم این شرط از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی قابل استنباط است برخی دیگر از فقها از لزوم احراز عدالت حاضن سخن گفته اند و شماری از فقها ضرورت فاسق نبودن وی را متذکر شده اند. این شرط را برخی از فقها تحت عنوان عدالت و برخی فقها تحت عنوان امین بودن و فقهای اهل سنت با عناوین عفت، امانت، فاسق نبودن و... آورده اند. عده ای از فقها بدین استدلال که نگاهداری طفل تنها به عواطف مادی نیاز دارد و عدالت لازم نیست شرط عدالت را نپذیرفته اند در خصوص شرط ایجابی عدالت یا سلبی فاسق نبودن حضانت کننده، فقها بیشتر به فلسفه حضانت توجه داشته اند نه به نص و دلیل شرعی خاص. (ابن عابدین، ۱۲۷۵، ۶۳۳)

### ۶.۳: عدم ازدواج با شخص دیگر

این شرط در واقع شرط اختصاصی برای مادر حضانت کننده است که فقهاء امامیه با استناد به پاره از احادیث ازدواج کردن مادر کودک را با شخصی جز پدر او، ساقط کننده حق حضانت مادر دانسته اند برخی از فقهاء دلیل این حکم را اشتغال مادر به حقوق زوج دوم و در نتیجه باز ماندن او از نگهداری شایسته کودک دانسته اند. (طوسی، المبسوط/۵/۱۳۱) که مطابق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ایران مادر تا زمانی دارای حق حضانت است که شوهری دیگر اختیار نکرده باشد و ازدواج مادر با شخصی غیر از پدر طفل مانع حضانت است.

### ۴: مبنای حضانت در حقوق ایران

فقهای اسلام، بر حضانت کودک به ادله بسیاری استناد کرده اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۴؛ ابن براج، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۴۲۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲). ما به مهمترین آنها اشاره می کنیم.

الف: قرآن کریم فرمود: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ» مادر به فرزندش ضرر نزند، و پدر نیز بیش از حد متعارف متضرر نشود (البقره/ ۲۳۳).

برخی از مفسرین گفته اند: منظور آیه شریفه این است که مادر مطلقه، نباید به علت خشم بر پدر، کودک را از شیر خود منع کند، تا به کودک آسیب برسد. زیرا مادر به فرزند، از زن بیگانه مهربان تر است. همچنین پدر نیز بر فرزند آسیب نزند (طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱۳). در برابر بعضی از

مفسرین گفته‌اند: «منظور قرآن کریم این است که مادر نباید به فرزند ضرر برساند، بلکه باید تکالیف و وظایفی که بر دوش او است مانند شیر دادن و غذا دادن و نگهداری و غیره را به خوبی انجام دهد» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۲۵۷).

پیامبر اکرم (ص) در تفسیر آیه مذکور فرمود: «نهی الله تعالی عن الضرر و قدم فيه، فنهی الله أن یضار الوالد فیتتزع الولد من أمه إذا كانت راضیه بما کان مسترضعا به غیرها، و نهیت الوالده أن تتذف الولد إلى أبنیه ضرا» خداوند در این آیه از ضرر و اقدام بر آن نهی کرد و لذا خداوند، پدر را از ضرر رساندن به مادر با گرفتن فرزند از او نهی نمود و مادر را نیز از واگذار کردن فرزند به پدر با هدف ضرر زدن به او بازداشت (طبری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۷۵).

ب: اجماع: بسیاری از فقها در مورد حضانت کودک ادعای اجماع کرده‌اند و معتقدند: به اجماع فقها، بر پدر و مادر واجب است، حضانت فرزند را برعهده داشته باشند و در این راه از هیچ کوششی دریغ نورزند (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۰، ص ۵۲۲- نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۴، طبری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۷۴). لذا در اصل مسئله حق حضانت کودک هیچ تردیدی در بین فقها نیست و اگر اختلافی مطرح است، در مورد نگاهدارنده و حضانت کننده است، که نظرات مختلفی ارائه شده است.

ج: بناء عقلاء: روش عقلا عالم در تمام عصرها و دوره‌ها بر توجه به نگهداری کودک و حفظ و حراست از او و تهیه امکانات لازم برای رشد و نمو اوست و این روش در بین همه ملت‌ها و دین‌ها رایج است و حتی در دوره‌های ابتدائی نیز انسان‌ها از فرزندان خود نگهداری می‌کردند. این روش نه تنها در بین انسان‌ها، بلکه در بین تمام موجودات جاندار از حیوانات و پرندگان و آبیان و حشرات و... به حکم غریزی رایج است. از طرف دیگر قانونگذار اسلام نه تنها این روش را منع نکرده است، بلکه در آیات و روایات بسیاری این روش را ترویج کرده و شرایط و مقررات خاصی برای آن تدوین نموده است و افراد عهده‌دار این مسئولیت را مشخص کرده و مدت زمان حضانت و نگهداری را تعیین نموده است. همه این موارد، مؤید آن است که این روش مورد تأیید قانونگذار اسلام است و شک و تردیدی در آن نیست.

##### ۵: مقایسه حضانت در کشورهای اسلامی

مسئله تفاوت حقوق و مسئولیت‌های پدر و مادر در امر حضانت و ولایت کودکان در سنن مذهبی یکی دیگر از موضوعاتی است که می‌تواند مورد بحث قرار گیرد. درحالی که نگهداری کودک، همان گونه که در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته، هم حق و هم تکلیف برای پدر و مادری باشد، مسئولیت و حق ولایت تنها برعهده پدر یا جد پدری و بستگان

ذکور کودک می باشد. در مقایسه با سنن حقوقی دیگر اقوام، بعنوان مثال، نظام حقوقی هیچ گونه وظیفه قانونی جهت ولایت کودک بر والدین تحمیل نمی نمود (گونسکر، ۱۹۹۴، ص ۱۲۱).

سنت های اسلامی تحت حق ولایت، یعنی در حوزه ای که پرداخت مخارج نگهداری کودک مطرح می باشد، به پدر اختیار دخالت در ابعاد مختلف زندگی فرزندان را اعطام کند که در ارتباط با دختران، این اختیار در ارتباط با امر ازدواج تا پس از رسیدن او به سن بلوغ نیز ادامه می یابد. بعنوان مثال، بر اساس نظر بیشتر علمای مسلمان، ازدواج اول دختری بایستی با اجازه پدر یا جد پدری صورت پذیرد.

### ۱.۵: حضانت کودک در حقوق پاکستان

قانون پاکستان نیز شبیه موردی است که در گزارش دوم ایران ذکر شد، با این تفاوت که سن پسر هفت سال ذکر شده و برای دختر سن تعیین نگردیده، بلکه زمان بلوغ ذکر شده است. با این وجود، تعیین سرپرستی با توجه به «منافع عالی کودک» ممکن است بر اساس تصمیم دادگاه تعیین گردد. گزارش پاکستان به کمیته در این زمینه اظهار می دارد: «در موارد طلاق و جدایی، زمانی که موضوع سرپرستی کودکان مطرح می باشد، دادگاه همواره اهمیت را به «منافع عالی» و رفاه کودک می دهد. بر اساس مقررات حقوق اسلامی، آن گونه که در پاکستان اعمال می گردد، قانون کلی آن است که پسران تا سن هفت سال و دختران تا سن بلوغ تحت سرپرستی مادران هستند. به نظرم رسد بهتر است کودکان ذکور تا سن مذکور و کودکان اناث در بیشتر دوران جوانی تحت سرپرستی مادر باشند».

### ۲.۵: حضانت کودک در حقوق اندونزی

در ارتباط با سرپرستی کودکان، اندونزی برداشت دیگری از سنن مذهبی دارد؛ این کشور تفاوتی بین دختر و پسر از نظر سن قائل نیست، اما به موضوع دیگری در سنن مسلمانان اشاره می نماید و آن سن ممیز می باشد. گزارش اندونزی اظهار می دارد: «بر اساس حقوق اسلامی، که در رابطه با مسلمانان اعمال می گردد، به هنگام طلاق اگر کودک هنوز به سن دوازده سال، یعنی به سن ممیز نرسیده است، تحت حضانت مادر قرار می گیرد و پدر مسئول تأمین هزینه های روزانه و تحصیلات کودک می باشد. اما اگر کودک دوازده سال یا بیشتر، یعنی ممیز باشد، آزاد است تصمیم بگیرد تمایل دارد با مادر زندگی کند یا با پدر عمان، با وجود حق شرط کلی خود، در ارتباط با این موضوع نه تنها به ضروریات سنن مذهبی هیچ اشاره ای نم کند، بلکه این گونه استنباط می نماید که با در نظر گرفتن منافع عالی کودک، سرپرستی کودکان را در هر سنی می بایست به مادران سپرد.

### ۳.۵: حضانت در حقوق افغانستان

در قانون مدنی افغانستان در مورد حضانت کودک این گونه بیان شده است که حضانت حق مادر است. ولی قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۹ این چنین مقرر داشته که «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت و پس از انقضاء این مدت، حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود. مدت حضانت در حقوق افغانستان: در حقوق مدنی افغانستان و براساس ماده ۲۴۹ بین پسر و دختر تفکیک قایل شده و سن ۷ سال برای پسر و ۹ سال تمام را برای دختر پایان مدت حضانت برگزیده است.

قانون مدنی افغانستان نیز حاضن را مستحق اجرت حضانت می‌داند و در ماده ۲۴۴ بیان می‌دارد: «اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف می‌باشد. در صورتی که طفل مالک دارایی شخصی باشد، این اجرت از دارایی وی پرداخته می‌شود. مگر این که پدر تبرعا آن را بپردازد». قانون مدنی در این ماده چند نکته را بیان می‌کند: اولاً، برای حضانت اجرت قایل شده و آنرا غیر از اجرت شیر دادن طفل و نفقه می‌داند. ثانیاً، پدر کودک مکلف به پرداخت اجرت حضانت است،

در صورتی که طفل مالک دارایی باشد در این صورت اجرت حضانت از دارایی طفل پرداخته می‌شود. البته در این صورت پدر می‌تواند از دارایی خویش به صورت تبریعی اجرت حضانت را بپردازد.

پس قانون مدنی افغانستان در این ماده به صراحت برای حضانت اجرت در نظر گرفته و شخص حاضن را مستحق دریافت آن می‌داند. و پدر طفل مکلف به پرداخت اجرت حضانت می‌داند.

همچنین طبق بند اول ماده ۲۴۵ قانون مدنی افغانستان مادر تا هنگامی که زوجه‌ی پدر طفل باشد و یا در عدت طلاق رجعی قرار داشته باشد چون از نفقه‌ی نکاح و یا از نفقه عدت استفاده می‌کند مستحق اجرت حضانت نیست و نمی‌تواند اجرت حضانت را مطالبه نماید. در بند دوم این ماده ذکر شده است: «در صورتی که در عده طلاق باین بوده یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده و یا معتده او باشد، مستحق اجرت حضانت می‌گردد». پس در صورتی که مادر طفل در دوره عده طلاق باین باشد و یا با یکی از محارم طفل مثل عمو وی ازدواج نماید و یا معتده او باشد، از اجرت حضانت طفل برخوردار می‌گردد.

طبق ماده ۲۴۶ قانون مدنی افغانستان هرگاه شخصی که مکلف به پرداخت اجرت حضانت است، معسر گردد به طوری که قادر به پرداخت اجرت حضانت نباشد و یکی از محارم طفل، حضانت او را به صورت تبرعی برعهده گرفته باشد در این صورت محرم طفل مخیر است که به صورت تبرعی حضانت را ادامه دهد و یا حضانت طفل را به شخص متبرع دیگری واگذار نماید، که البته این کار از طریق محکمه صورت می‌گیرد.

در ماده ۲۴۷ قانون مدنی افغانستان آمده است در صورتی که شخص مکلف به اجرت حضانت، معسر باشد ولی خود طفل، دارایی و ثروت داشته باشد در این صورت طفل در مقابل اجرت المثل به مادر تسلیم می‌گردد. حتی اگر اجرت حضانت از دارایی طفل پرداخت گردد.

به موجب ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی ایران، هزینه حضانت به عهده پدر و در صورت فوت او با مادر است. تکلیف پرداخت هزینه‌های نگهداری کودک در صورتی ایجاد می‌شود که او از نظر مالی نیاز به آن داشته باشد، بطور معمول، کودک ثروتی ندارد که او را از کمک پدر و مادر بی نیاز سازد ولی هرگاه چنین نباشد، مخارج لازم از اموال او پرداخته می‌شود و پدر مادر به پرداختن هزینه های اضافی اجبار نمی‌شود. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۴۸)

موانع یا موارد سقوط حق حضانت در قانون افغانستان: اگر والدین به تکالیف خود عمل نکنند یا از حدود اختیارات خود خارج شوند، آیا می‌توان به آن‌ها همچنان اعتماد کرد و طفل را در اختیار آن‌ها گذاشت؟ اگر پدری در تأدیب فرزند، از میزان مقرر پا را فراتر گذاشت و یا در نگهداری او کوتاهی کرد و... آیا می‌توان سرپرستی را از او گرفت؟ ذیلاً مواردی که می‌توان پدر یا مادر را از حق حضانت محروم کرد به اختصار بیان می‌شود:

**الف: جنون:** حق حضانت برای هر یک از مادر و پدر در صورتی است که قدرت اعمال آن را داشته باشد. بنابراین هرگاه در مدتی که مادر حق حضانت طفل را دارد - دو سال در پسر و هفت سال در دختر- دیوانه شود، چون قادر به نگهداری و تربیت طفل نیست و چه بسا او را در وضعیت خطرناکی قرار دهد، حق حضانت مادر، ساقط می‌شود و پدر این حق را خواهد داشت. این مطلب در ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا ذکر شده است. جنون پدر نیز در حکم جنون مادر و سبب سقوط حق حضانت می‌شود. (کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۱۵۸). در این صورت حضانت طفل تا سن بلوغ بر عهده مادر می‌باشد و این مطلب مستنبط از ماده ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ و وحدت ملاک ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا می‌باشد. و مقصود از جنون در ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا اعم از جنون ادواری و دائمی است؛ مگر

این که جنون استمرار نداشته باشد و یا چنان زود گذر و نادر باشد که در عرف نتوان شخص را دیوانه نامید و به هر حال مصلحت طفل باید مد نظر قرار گیرد. (همان).

**ب: ازدواج مجدد:** هرگاه پس از طلاق، مطابق قانون، مادر عهده دار حضانت طفل خود باشد و در این دوره، شوهر دیگری انتخاب کند، مطابق ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا حق حضانت او ساقط می‌شود و حضانت با پدر خواهد بود.

به عبارت دیگر شوهر کردن مادر، حق تقدم او را نسبت به پدر از بین می‌برد، اما در صورت فوت پدر، حضانت در هر حال با مادر است و شوهر کردن در آن اثر ندارد. و سقوط حق حضانت مادر در صورت حیات پدر است. و برخی عقیده دارند که قانون از این جهت ناقص است که ازدواج مجدد پدر طفل را موجب سقوط حق حضانت از طفل نمی‌داند، حال آن که رفتار نامادری با طفل نیز ممکن است سلامت و تربیت طفل را به خطر اندازد.

**ج: کفر:** کفر نیز مانع حضانت است، هر چند در قانون ایران و افغانستان بر آن تصریح نشده است. قرآن کریم در سوره نساء آیه ۱۴۱ می‌فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» خدا هرگز برای کافران راهی [برای تسلط] بر مؤمنان نهد است. حضانت طفل نوع تسلط بر طفل خواهد بود. بنابراین اگر مرد مسلمانی با زن مسیحی ازدواج کند و پس از بچه دار شدن زن و شوهر از هم جدا شوند، حضانت با پدر است.

#### ۴.۵: حضانت فرزند در حقوق چین

طبق قانونی که در سال ۱۹۸۰ در چین تنظیم شد وضعیت فرزندان و نگهداری از آنها این گونه است:

ماده ۲۹: ارتباط بین فرزندان با پدر و مادر پس از طلاق پایان نمی‌یابد. پس از طلاق خواه با پدر یا مادر زندگی کنند، فرزندان هر دوی آنها خواهد بود و هر دو حق آموزش و پرورش آنها را دارند. پس از طلاق اگر فرزند شیر خواره باشد به مادر تحویل داده می‌شود و در غیر این صورت در مورد نگهداری فرزند باید والدین به توافق برسند و در صورت عدم توافق دادگاه خلق با توجه به حقوق و منافع کودک و شرایط عینی والدین، به قضاوت می‌نشیند.

ماده ۳۰: پس از طلاق در صورتی که کودک نزد یکی از والدین بماند دیگری باید کل یا بخشی از هزینه‌های آموزش و مایحتاج زندگی وی را تامین کند. آن دو باید در مورد میزان پرداخت این هزینه‌ها به توافق برسند و گرنه دادگاه قضاوت خواهد کرد.

ماده ۳۱: در زمان طلاق زن و شوهر باید در مورد دارایی های خویش به توافق برسند و در صورت عدم حصول توافق، دادگاه خلق با توجه به شرایط واقعی دارایی آنان و نیز در نظر گرفتن حقوق و منافع «زن و فرزندان» قضاوت خواهد کرد.

ماده ۴۵ تصویب شده در ۱۹۹۲ تصریح می کند؛ زن و شوهر باید مسوول مراقبت از فرزندان باشند. در شرایطی که مرد فوت کرده است یا ناتوان است یا تحت هر شرایط دیگری نمی تواند مسوولیت داشته باشد، هیچ کس نباید در حق قیمومیت مادر مداخله کند. (شالوده، ۱۳۷۷، ۱۹۷)

نصور، جهانگیر. قوانین و مقررات خانواده، نشر دوران، ۱۳۸۳

### ۵.۵: حضانت کودک در حقوق بریتانیا

در حقوق بریتانیا در شرایط عادی زمانی که زن و شوهر باهم زندگی می کنند، پدر و مادر اطفال مسئولیت نگهداری و سرپرستی آن را برعهده دارند و در صورت قصور، مسئولیت دارند. در شرایط غیر عادی یعنی حالتی که پدر و مادر جدای از هم زندگی می کنند یا یکی از آنها فوت نموده، نگهداری و سرپرستی اطفال تابع شرایط و احکام خاصی است.

در حالتی که پدر و مادر، جدا از هم زندگی می نمایند، مادر نسبت به نگهداری کودک اولویت دارد. و اگر مادر فوت شود اولویت با پدر می باشد در حالتی که هیچکدام وجود نداشته باشند یا شرایط لازم را نداشته باشند اولویت با پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک می باشد. (Gaffney. ۲۰۱۲, ۷۲)

البته برای مراقبت از کودک، در شرایط فوق، نیاز به مجوز خاص از محاکم ذیصلاح، یعنی دادگاه و مراکز خاص امور کودکان است. بدین گونه که متقاضی سرپرستی و نگهداری کودک باید درخواست کرده باشند، توانایی لازم را داشته باشند و بتوانند مراجع فوق را در خصوص مجوز نگهداری کودک اقناع کند. بدیهی است در صورت عدم احراز شرایط لازم از قبیل: علاقه کافی، توانایی مالی و صلاحیت فردی و غیره در شخص متقاضی، وی حتی پدر و مادر و پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک هم باشند درخواست وی رد می شود. لازم به ذکر است مهمترین اصل برای نگهداری کودک، رفاه و آسایش وی می باشد. (barton. ۲۰۱۲, ۷۳).

### ۶: ملاحظات کمیته حقوق کودک نسبت به حضانت کودک

کمیته حقوق کودک در ملاحظات پایانی خود در ارتباط با گزارش های پاکستان، مصر و عربستان سعودی، نگرانی خود را در ارتباط با موضوع سرپرستی فرزندان به هنگام طلاق در قوانین خانواده

این کشورها اعلام داشته است. بنا به نظر کمیته، قوانین این کشورها که سرپرستی کودکان بیش از آنکه در جهت منافع عالیه کودک تعیین گردد، بر اساس سن کودک مشخص می شود، تبعیضی بر علیه مادران می باشد.

سیاست عمومی نهادهای مبتنی بر معاهدات سازمان ملل متحد آن است که از کشورهای دارای حق شرط خواستار بازپس گیری حق شرط هایشان شوند. در پیگیری این سیاست، کمیته مداوماً کشورهای مسلمان را تشویق کرده است که کلیه حق شرط های خود را مورد تجدید نظر قرار داده یا آنها را بازپس گیرند.

بر اساس ماده ۵۱ پیمان نامه حقوق کودک «حق شرطی که با هدف و مقصود پیمان نامه حاضر مغایرت داشته باشد، مجاز نیست». دو نمونه از حق شرط های کشورهای مسلمان توسط کمیته این گونه توصیف شدند که احتمالاً بر هدف و مقصود پیمان نامه تأثیر گذار می باشند؛ اول: حق شرط تونس به ماده ۲ پیمان نامه است که کمیته در ارتباط با هر دو گزارش ادواری تونس، این نگرانی را ابراز داشته است: «حق شرط وارده به ماده ۲، نگرانی در مورد تطابق آن با هدف و مقصود پیمان نامه را ایجاد می نماید.»<sup>۴۳</sup>؛ دوم: در ارتباط با حق شرط های کلی است که بر معاهده وارد شده است. در این زمینه کمیته ابراز نگرانی نموده است که حوزه گسترده این حق شرط همامکن است بر اعمال حقوقی که بر اساس مواد پیمان نامه تضمین شده اند، تأثیر گذار باشد و در مطابقت با هدف و مقصود معاهده ایجاد سؤال نماید.

الف: پیرامون سنت های ناهماهنگی که در جهت اجرای پیمان نامه، مانع بشمار آمده اند، کمیته در ارتباط با گزارش های مختلف کشورها، سیاستی چند بعدی در پیش گرفته است که از مهمترین این برنامه ها عبارت اند از: الف: کمیته پیشنهاد نموده است دول مورد نظر جهت چاره جویی در ارتباط با سن ناهماهنگ، رویه دیگر کشورهای مسلمان را که در زمینه مذکور، موفق عمل نموده اند مورد توجه قرار دهند. به طور نمونه، کمیته در ارتباط با مصر و عربستان سعودی با عبارتی مشابه درخواست نموده است که این کشورها رویه اجرایی دیگر کشورهای مسلمان را که در تطابق حقوق بنیادین با متون اسلامی موفقیت داشته اند، مورد توجه قرار دهند. ب: کمیته کشور های مسلمان را تشویق می کند تا برای یافتن راه حل هایی برای مطابقت سنت های ناهماهنگ با مفاد پیمان نامه، با یکدیگر به تبادل اطلاعات بپردازند و در این زمینه جلساتی را تشکیل دهند. (هاشمی اردستانی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰-۱۰۲).

## نتیجه گیری

کودکان در هر کشوری به توجه و مراقبت خاص نیاز دارند؛ نخست از این نظر که ناتوانند و توان دفاعی اندکی دارند و دوم از این جهت که کودکان امروز، بزرگسان فردا و آینده سازان اند. حقوق کودک در قوانین کشور های اسلامی شامل حقوق مالی و حقوق غیر مالی ( معنوی) می شود؛ از مهمترین حقوق معنوی کودک حق حضانت می باشد. درمقایسه با دوران اخیر جوامع اروپایی، روش های مراقبت از کودکان در تاریخ میانه اسلامی توجه بسیار بیشتری به نیازهای کودکان مبذول می داشت. در واقع، کشورهای مسلمانان با برخورداری از تعالیم و اصول عالیّه انسانی و اخلاقی در حمایت از اقشار آسیب پذیر، بویژه کودکان و با توجه به میراث عظیمی که تمدن اسلامی در حمایت از حقوق این اقشار برجای نهاده بود، جملگی به پیمان نامه حقوق کودک ملحق شدند. از سوی دیگر، به نظرمی رسد حتی بامعیارهای مدرن امروزی، اکثر سنت های حقوقی مسلمانان، یا نقش موثری در حمایت از حقوق کودکان دارند و یا اینکه حداقل با آنها مغایرتی ندارند. براین اساس، به نظر می رسد حضانت نوعی مسئولیت است که قوانین کشور های اسلامی آن را به پدر و مادر داده است تا در سایه آن، حق کودک اداء شود. زیرا اگر کودکان از مراقبت و حقوق کافی برخوردار نباشند؛ نمی توانند در سایه این حقوق از سلامت روحی و جسمی برخوردار شده و حضوری مفید در جامعه بشری داشته باشند فلذا در تمام قوانین کشور های اسلامی به مسئله حضانت توجه زیادی نموده اند اما در قوانین کشور های اسلامی تمایز زیادی بین پدر و مادر در امر حضانت است که مقررات ویژه ای را در ارتباط با سرپرستی کودکان دختر و پسر، توسط پدر و مادر تعیین نموده است. براساس این سنت ها، ظاهراً در هنگام جدایی زن و مرد، معیار اصلی در تعیین سرپرست برای کودک، سن طفل می باشد که حتی نسبت به کودک دختر و پسر هم تمایز هست؛ به عنوان نمونه در قانون ایران به هنگام جدایی والدین، اگر طفل ذکور است، تا دو سال تحت سرپرستی مادر باقی ماند و بعد از آن سرپرستی اش به پدر واگذار می شود و دختر تا سن هفت سالگی تحت حضانت مادر است. در قانون پاکستان سن پسر هفت سال ذکر شده و برای دختر سن تعیین نگردیده، بلکه زمان بلوغ ذکر شده است و در سنن مذهبی یهودیان نیز اعتقاد بر این است تا زمانی که کودک به شش سال برسد، به خصوص از نظر عاطفی به مادرش نیاز دارد.

## منابع

- این براج، قاضی ابی القاسم (۱۳۸۵). «المهذب»، قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- این منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۵). «لسان العرب»، بیروت: دار احیاء التراث العربیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶). «حقوق مدنی»، چاپ ششم، تهران: کتابفروشی اسلامی.
- حجتی کردی، احمد (۱۹۹۳). «الاحوال الشخصیه»، دمشق: جامعه دمشق.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۴). «وسائل الشیعه الی تحصیلی مسائل الشرعیه»، تسحیح و تحقیق عبدالرحیم ربانی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۷). «فغت نامه»، تهران: دانشگاه تهران.
- شادلو، شیده، سیمای زن در جهان (چین)، مرکز امور مشارکت زنان نشر برگ زیتون، ۱۳۷۷
- حضانت در حقوق بریتانیا
- شهید ثانی، زین الدین (۱۳۷۳). «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة»، قم: موسسه اسماعیلیان.
- صدوق، محمدبن علی بن حسین بابویه قمی (۱۴۱۰). «من لا یحضره الفقیه»، تحقیق سید حسین موسوی خراسانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه تهران.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۰۴). «ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلایل»، قم: مؤسسه آل البیت للطباعة والنشر.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸). «مجمع البیان»، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، بیروت: دارالمعرفه.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۸). «جامع الجوامع»، قم: موسسه نشر اسلامی.
- طبری، محمدبن جریر (۱۴۱۵). «جامع البیان فی تفسیر القرآن»، بیروت: دارالفکر.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۶۵). «تهذیب الاحکام»، تصحیح محمد آخوندی، تهران: دارالکتب الاسلامیه
- عبادی، شیرین (۱۳۹۲). «حقوق کودک و نگاهی به مسائل حقوق کودکان در ایران متن کامل کنوانسیون حقوق کودک، مصوب ۱۹۸۹ و اعلامیه اجلاس جانی سران دولت‌ها برای کودکان ۱۹۹۰»، تهران: انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ هفتم.
- قانون اقدامات تامینی (مصوب ۱۳۳۹)، (مصوب ۱۳۷۰) و (مصوب ۱۳۸۴).
- قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.
- قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۲۸۸). «الکافی فی الاصول والفروع»، تعلیق و تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵). «جواهرالکلام فی شرع الاسلام»، ج دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- النجفی، محمدحسن (۱۳۸۵). «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام»، تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه.
- هاشمی اردستانی، کامران، (۱۳۸۷). «کشورهای مسلمان، حق شرط ها و ماده ۲ پیمان نامه حقوق کودک در مورد تبعیض، حقوق بشر، دوره سوم، شماره ۱، بهار و تابستان، از صفحه ۸۱ تا ۱۰۲.
- CRC, **General Comment No. ۵** (General Neasures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child), CRC/GC/۲۰۰۲/۵, Para. ۱۲
- **General comment** No. ۱۴ (۲۰۱۳) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. ۳, para. ۱), Adopted by the Committee at its sixty-second session (۱۴ January – ۱ February ۲۰۱۳).
- Hetherington, E. M., & Kelly, J. (۲۰۰۲). **For better or worse**. New York: Norton.
- Jeremy, A. (۲۰۱۵). **The temporal effects of divorces and separations on children's academic achievement and problem behavior**. Journal of Divorce and Remarriage, ۲۶, ۲۵-۴۲.
- Schaffer, R. (۱۹۷۷): **Mothering**. London: Fontanna/open books.
- Winnicott, D.W. (۱۹۶۸): **The Child, the Family and the outside World**. Harmondsworth: Penguin Books, ۳rd ed.
- Goonesekere, Savitri, **'The Best Interest of the Child: A South Asian Perspective'**, in Philip Alston (ed.) **The Best Interests of the Child, Reconciling Culture and Human Rights** (Clarendon Press, Oxford, ۱۹۹۴).
- Burton.frances.۲۰۱۰. family law. Publication of palgrave

## بررسی میزان مشارکت مردم در انتخاب خلفای سه گانه و حکومت امیرالمؤمنین علی(ع)

محمد بیرونی  
دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد، قم، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰.۰۲.۲۹ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱.۰۴.۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱.۰۶.۱۹

### چکیده

هیچ حکومتی بدون مشارکت مردم توانایی تداوم و پیشبرد اهداف خود را ندارد و حکومت اسلامی نیز از این امر مستثنا نیست، از این رو بررسی جایگاه و نقش مشارکتی مردم در انتخاب حاکم اسلامی امری ضروری است. با توجه به این مسئله، در این مقاله بر آنیم تا با مطالعه‌ی نحوه به حکومت رسیدن خلفای سه گانه و حکومت امیرالمؤمنین علی(ع)، میزان مشارکت، نقش و جایگاه مردم را در تشکیل حکومت های مدنظر بیابیم. و راهکار مناسبی برای میزان مشارکت مردم در نظریات جدید مربوط به نحوه تشکیل حکومت اسلامی بیان نماییم. با مطالعه نحوه به حکومت رسیدن خلیفه اول که به صورت دومرحله ای شوری سقیفه و بیعت همگانی صورت گرفته بود؛ شوری سقیفه با حضور عده قلیلی از امت اسلامی بدون نمایندگی از مردم و بر اساس نژاد و قریشی بودن خلیفه اول را انتخاب نموده و بیعت همگانی با مشارکت مردم به صورت تأیید حداقلی و بر اساس اجبار تبلیغاتی و فیزیکی صورت گرفت. نحوه به حکومت رسیدن خلیفه دوم، که با اعلام خلیفه اول به عنوان جانشینی انتخاب شد. در واقع اراده و تمایل مردم در انتخاب حاکم بدون توجه ماند. و مردم با تأیید نظر خلیفه اول، خلیفه دوم را به حکومت رساندند. به قدرت رسیدن خلیفه سوم بر اساس طرح شوری شش نفره خلیفه دوم بود. این شوری به نوعی مدیریت تصمیم گیری می باشد؛ که توسط خلیفه دوم صورت گرفته بود. و مردم تصمیم گرفته شده قبل از تشکیل شوری را با تأیید نظر شوری اجرایی کردند. میزان مشارکت مردم در به قدرت رسیدن امام علی (ع) بر خلاف خلفای سه گانه حداکثری بود. مردم برای به حکومت رسیدن ایشان مشارکتی مستقیم و نه بر اساس اجبار و تبلیغات بلکه براساس میل باطنی ایشان را حاکم قرار دادند.

واژگان کلیدی: مشارکت مردم، شورا، خلفای سه گانه، حکومت امام علی (ع).

## Investigating the Participation of People in the Selection of the Three Caliphs and the Government of Amir Al-Mu'minin Ali

### Abstract

No government can continue to advance its goals without the participation of the people, and the Islamic government is no exception, so it is imperative to examine the position and role of the people's participation in the election of the Islamic ruler. With this in mind, this article aims to study the extent to which the triple caliphs and Amir al-Mu'minin Ali (peace on him) came to power and the extent of the people's participation, role, and position in the formation of the governments in question. And to give an appropriate solution to the extent of people's participation in new theories on how to form an Islamic state.

By studying how the first caliph came to rule in two stages of Salafi Salafi and public worship, Salafi Salafi chose the first Caliph by representing some of the Islamic Ummah without representing the people on the basis of race and Quraysh. With minimal public approval, participation was made based on physical and advertising coercion. How to rule the second caliph, elected by the proclamation of the first caliph as successor. In fact, the will and desire of the people to choose the ruler was ignored. And the people, with the approval of the opinion of the first caliph, ruled the second caliphate. The third caliph's coming to power was based on the second caliph's six-man salinity plan. This salinity is a kind of decision management; it was done by the second caliph. And people decided to implement salinity before it was approved by salinity. Contrary to the triple caliphs, the participation of the people in the rise to power of Imam Ali (peace on him) was maximum. The people ruled for their rule by direct participation, not by coercion or propaganda but by their inner desire.

Keywords: People Participation, Saqifa, Caliphate, Imam Ali (peace on him) Government

## مقدمه

مشارکت عمومی در نظام های سیاسی حق مردم به شمار می رود، چراکه مردم حاکم بر سرنوشت اجتماعی خویش هستند و می توانند در راستای تحقق اهداف مورد نظر حکومت به یاری آن بشتابند. این امر در حکومت اسلامی نیز جاری است و حکومت اسلامی به منظور دستیابی به اهداف دینی خود، نیازمند مشارکت هرچه بیشتر مردم و همکاری عمومی در موضوعات مختلف در حوزه ی فعالیت دولت است. اما مسئله ی با اهمیت، میزان مشارکت مردم در انتخاب حاکم اسلامی است. اکثر اندیشمندان اسلامی اهل سنت برای نظریه پردازی خود در زمینه نحوه انتخاب حاکم، نحوه به حکومت رسیدن خلفای سه گانه و شیوه به حکومت رسیدن حضرت علی (ع) را به عنوان منشأ نظریات خود قرار می دهند. حال باید در این مورد بررسی کرد؛ جایگاه مردم در انتخاب خلفای سه گانه و حضرت علی (ع) چه بوده است؟ میزان مشارکت مردم در تثبیت حکومت هر یک از خلفای سه گانه و حضرت علی (ع) به چه میزان شکل گرفته است؟

فی الواقع با پاسخ به سوالات مذکور می توان به اندیشمندانی که در حال نظریه پردازی نحوه تشکیل حکومت اسلامی در عصر حاضر قدم بر میدارند، راهنمایی باشیم تا چه میزان مشارکت را برای مردم در نظر بگیرند.

به همین سبب در راستای فهم صحیح میزان مشارکت مردمی در انتخاب حاکم اسلامی ابتدا باید، رویداد های تاریخی عصر خلفای سه گانه و حضرت علی (ع) را برای برعهده گرفتن حکومت بیان نماییم و سپس میزان مشارکت مردم را از اتفاقات افتاده، استخراج نماییم.

### ۱- بررسی نحوه انتخاب خلیفه اول

بعد از وفات پیامبر (ص)، حکومت به صورت دو مرحله ای به ابوبکر بن ابی قحافه رسید. مرحله اول با نام شوری سقیفه شناخت می شود. در این مبحث، شوری مذکور را ابتدا به صورت تاریخی بیان نموده در ادامه میزان مشارکت مردمی را مورد بررسی قرار می دهیم. سپس مرحله دوم تشکیل حکومت خلیفه اول بیان نموده و میزان مشارکت مردمی مورد ارزیابی قرار می دهیم.

#### ۱-۱- بیان مرحله اول انتخاب خلیفه اول

مرحله اولیه انتخاب خلیفه اول، برگزیده شدن توسط شوری سقیفه بود. در این مقاله وظیفه داریم ؛ جهت روشن شدن موضوع، نحوه وقوع این واقعه تاریخی را بیان نماییم و در ادامه با میزان مشارکت مردم مورد ارزیابی قرار دهیم.

### ۱-۱-۱- تبیین مرحله اول انتخاب خلیفه اول (سقیفه) از منظر تاریخی

واقعه سقیفه بنی ساعده، نخستین واقعه پس از رحلت پیامبر اسلام (ص)، در سال ۱۱ ق بود، که در آن ابوبکر بن ابی قحافه به عنوان خلیفه مسلمانان انتخاب شد. پس از وفات حضرت محمد (ص)، امام علی (ع) و برخی دیگر از اصحاب مشغول تدارک مراسم تدفین وی بودند، در همان زمان عده‌ای از انصار به رهبری سعد بن عباد، در محلی به نام سقیفه بنی ساعده جمع شدند؛ تا برای انتخاب رهبر خود پس از پیامبر (ص) تصمیم بگیرند.

ظاهراً، روایت اصلی درباره اجتماع در سقیفه بنی ساعده به عبدالله بن عباس از عمر بن خطاب برمی‌گردد. تمام روایات دیگر، از این اطلاعات استفاده کرده یا از آن مایه گرفته‌اند. این روایات را، با اندک تغییری در سلسله روایان مختلف، ابن هشام، طبری، عبدالرزاق بن همام، بخاری و ابن حنبل نقل کرده‌اند. (مادلونگ، ۱۳۷۷ش: ۴۷).

به دنبال اطلاع عمومی مسلمانان مدینه از وفات پیامبر اسلام (ص)، عده‌ای از انصار برای تصمیم‌گیری درباره وضعیت خود و همچنین چاره‌جویی درباره مسئله جانشینی رسول خدا (ص)، در سقیفه بنی ساعده گرد آمدند. این رفتار انصار، در واقع به نوعی اقدام پیشگیرانه جهت جلوگیری از ظلم احتمالی به خود از جانب مهاجرین، صورت گرفته بود. زیرا آن‌ها از پیامبر (ص) شنیده بودند که بعد از پیامبر (ص) انصار مورد ظلم و ستم قرار می‌گیرند (مصاحبه با دکتر ارسطا: ۱۳۹۷/۸/۲۱).

مطابق منابع تاریخی، در آغاز این جلسه سعد بن عباد، بزرگ قبیله خزرج با ذکر دلایلی جانشینی پیامبر اسلام را حق انصار دانست و آنان را به گرفتن اداره امور دعوت نمود.

شنوندگان سخنان وی را تأیید کرده و اعلام نمودند، که سعد را به عنوان حاکم بر خود انتخاب نموده و تأکید کردند، که برخلاف نظر وی کاری انجام ندهند. اما برخی از حاضرین، احتمال مخالفت مهاجران با این تصمیم را مطرح و امکان عدم تسلیم آنان در برابر تصمیم این جمع اجتماع را بیان کردند. این احتمال، پیشنهاد انتخاب امیری از انصار و امیری از مهاجران را در پی داشت. (ابن قتیبه، ۱۴۱۰ق: ۲۲)

گزارش این اجتماع و علت برپایی آن، به ابوبکر و عمر می‌رسد و این دو به اتفاق ابوعبیده جراح به سمت سقیفه حرکت می‌کنند. با ورود آنان به این جمع، ابوبکر با جلوگیری از سخنرانی عمر، ابتکار عمل را در دست گرفته و طی سخنانی برتری مهاجران و اولویت قریش برای جانشینی پیامبر را ثابت می‌کند.

این سخنان با مخالفت و موافقت حاضرین مواجه شده و برخی نیز به شایستگی علی(ع) و عدم بیعت با غیر از او اشاره می‌کنند (ابن اثیر، ۱۴۱۷ق: ۳۲۷)؛ ولی در نهایت ابوبکر، عمر و ابو عبیده را به‌عنوان افراد شایسته برای این مقام اشاره می‌نماید. این دو تن با پیشنهاد ابوبکر مخالفت می‌کنند. (طبری، ۱۳۸۷ق: ۲۰۶)

به گزارش منابع تاریخی، عمر بن خطاب درباره این لحظات گفته است: «در این لحظه سروصدا و همه‌همه حاضران از هر طرف برخاست و سخنان نامفهوم از هر گوشه شنیده می‌شد، تا آن‌جا که ترسیدم اختلاف، موجب ازهم‌گسیختگی شیرازه کار ما بشود. این بود که به ابوبکر گفتم: دست را دراز کن تا با تو بیعت کنم؛ اما پیش از آنکه دست عمر در دست ابوبکر قرار بگیرد، بشیر بن سعد خزرجی از رقبای سعد بن عباد، پیش‌دستی کرده و دست‌به‌دست ابوبکر زد و با او بیعت کرد. (ابن اثیر، ۱۴۱۷ق: ۳۲۷).

پس از این اتفاق، هجوم حاضران در سقیفه برای بیعت با ابوبکر آغاز می‌شود تا جایی که از شتاب افراد این احتمال وجود داشته است که سعد بن عباد بیمار، زبردست و پای آن‌ها لگدمال شود. این جریان موجب درگیری تندی بین عمر، سعد و قیس فرزند سعد می‌شود، که این برخوردها با دخالت ابوبکر به پایان می‌رسد. (ابن قتیبه، ۴۱۰ق: ۲۲)

در محل سقیفه، گفتگوهای بسیاری میان انصار حاضر و مهاجرانی که با تأخیر به آنان ملحق شدند، رد و بدل گردید، که هر یک به نوبه خود تأثیرگذار بود. ولی بیشترین تأثیر را باید در سخنان ابوبکر و همراهانش دانست.

قابل توجه‌ترین مکالمات برقرار شده در آن جلسه را می‌توان از افراد زیر دانست:

سعد بن عباد: وی عمدتاً در ابتدای جلسه و پیش از ورود ابوبکر و همراهانش سخن گفت و البته به واسطه ناتوانی‌اش به علت بیماری، سخنان وی را فرزندش به جمعیت ابلاغ می‌نمود.

اهم سخنان وی عبارت‌اند از: ذکر مناقب و سابقه انصار، برتری آنان بر دیگر گروه‌های مسلمان، خدمات این جماعت به اسلام و پیامبر(ص) و اینکه پیامبر هنگام وفات از انصار رضایت داشت. وی با این استدلال‌ها انصار را اولی به جانشینی انصار اعلام کرده و آنان را به اقدام برای به دستگیری زمام امور دعوت نمود. وی در مواجهه با پیشنهاد انتخاب یک امیر از انصار و امیری از مهاجران، آن را شکست و عقب‌نشینی می‌دانست. (ابن قتیبه، ۴۱۰ق: ۲۲)

ابوبکر: سخنان وی را باید تعیین‌کننده جهت این اجتماع دانست. وی در چند نوبت سخنانی ایراد نمود که چکیده آن‌ها چنین است: بیان امتیازات مهاجرین بر انصار از جمله پیشگامی آنان در تصدیق رسالت پیامبر(ص)، سبقت در ایمان و عبادت خدا، رابطه خویشاوندی و یا دوستی مهاجران با پیامبر؛ اولویت مهاجرین برای جانشینی پیامبر به همین دلایل، مناقب و سابقه انصار و شایستگی و اولویت آنان برای تصدی مقام وزارت و نه حکومت، نهی مخالفت با جانشینی مهاجران. (طبری، ۱۳۸۷ق: ۲۰۲)

حباب بن منذر: وی دو یا سه نوبت در سقیفه سخن گفت که هر بار مشتمل بر تحریک و یا تهدید بر علیه مهاجران به خصوص ابوبکر و عمر بود. (ابن قتیبه ۱۴۱۰ق، ۲۲) وی در نوبتی بازهم پیشنهاد امیری از هر قوم را مطرح کرد. (زمخشری، ۱۹۷۱م: ۷۳)

عمر بن خطاب: عمر، بیشتر سخنان ابوبکر را تائید و با استدلال‌هایی بر آن تأکید کرده است. برخی از این دلایل عبارت‌اند از: قطعیت عدم مخالفت اعراب با جانشینی خانواده پیامبر، عدم امکان انتخاب دو امیر از هر یک از دو گروه، چراکه دو شمشیر در یک غلاف نگنجند. (ابن قتیبه ۱۴۱۰ق: ۲۵)

ابوعبیده جراح: وی در سخنی خطاب به انصار، آنان را از تبدیل، تغییر دین و اساس وحدت مسلمانان نهی کرده است. (یعقوب، ۱۴۲۹ق: ۱۲۳)

بشیر بن سعد: وی از قوم خزرج و انصار است. وی در چند نوبت استدلال‌های ابوبکر و همراهانش را تائید کرده و با الفاظی، مانند: ترس از خدا و عدم مخالفت با یک حق مسلم، انصار را از مخالفت با مهاجران منع کرده است. (طبری، ۱۳۸۷ق: ۲۰۲)

عبدالرحمن بن عوف: مقام و فضیلت افرادی مانند حضرت علی(ع)، ابوبکر و عمر را یادآوری کرده و جماعت انصار را فاقد چنین بزرگانی معرفی کرده است. (یعقوب، ۱۴۲۹ق: ۱۲۳)

منذر بن ابی‌ارقم: وی از انصار است، او در سقیفه و در مقابل استدلال‌های ابوبکر و عبدالرحمن بن عوف، علی(ع) را آن فردی معرفی می‌کند که تمام این ویژگی‌های را دارد و اگر برای بیعت گرفتن پیش قدم می‌شد؛ کسی با وی مخالفت نمی‌کرد.

(همان) سخنان منذر، با تائید و اعلام موافقت برخی از انصار مواجه شده که فریاد زده و می‌گویند فقط با علی(ع) بیعت خواهند کرد. (طبری، ۱۳۸۷ق: ۲۰۲)

سقیفه به عنوان نقطه مهم، تاریخ اسلام برای مسلمانان است. در واقع اهل سنت، با اعتقاد به این روش (شوری سقیفه)، بنیان‌های جدیدی را برای انتخاب حاکم و استدلال احکام اسلامی (اجماع) ایجاد شد.

در مورد چگونگی انتخاب اعضاء، نحوه تصمیم سازی در شوری، نحوه تصمیم‌گیری در شوری و عدم تبیین مشخصات خلیفه در شوری سؤالات فراوانی وجود دارد. ابتدایی‌ترین سؤال‌ها در مورد چگونگی انتخاب اعضاء شوری می‌باشد.

آیا همه‌ی اعضای شوری نماینده قاطبه امت اسلامی بودند (درحالی‌که از قبایلی مانند بنی‌هاشم هیچ شخصی در شوری حاضر نبوده است)؟ آیا می‌توان پذیرفت تصمیم عده‌ای محدود که در نمایندگی آن‌ها ابهام وجود دارد را به‌عنوان صلاح امت اسلامی پذیرفت؟

آیا این حرکت برخی از انصار که خواستند بدون اجماع مسلمین و فقط بر اساس شرافت قبیلگی و پذیرش اسلام و همراهی با پیامبر (ص) که دیگر مسلمانان هم در آن شریک بودند، حکومت را قبضه کنند و زمام امور مسلمین را در دست بگیرند، نوعی قدرت‌طلبی و دنیاخواهی محسوب نمی‌شود؟

آیا این سخن سعد بن عباد، صحابی پیامبر (ص) که گفت: «ای گروه انصار، زمام حکومت را خود به دست بگیرید و آن را به دیگری واگذار نکنید»، بیانگر همان تفکر جاهلی نیست که افراد قبیله همه‌ی امتیازات را برای قبیله خود طلب می‌کردند و دیگران را به حساب نمی‌آوردند، درحالی‌که اسلام همه‌ی مسلمانان را برادر خوانده بود، بزرگی و عزت انسان‌ها را در تقوا، علم و عمل صالح معرفی می‌کند.

آیا سعد بن عباد، بر اساس تعالیم اسلام، نباید می‌گفت که بیایید برترین خودمان را از حیث علم و تقوا و عمل برای جانشینی پیامبر (ص) انتخاب کنیم؟

مناظرات صورت گرفته در سقیفه، دارای نکات قابل توجهی از منظر شاخص های اسلامی برای انتخاب حاکم می‌باشد که عبارت‌اند از:

۱- در شوری مذکور، هر یک از اعضاء برای رسیدن شخص مدنظر خود به حکومت، (به جزء منذر بن ابی‌ارقم) ملاک‌های همچون: برتری انصار بر مهاجرین و بلعکس دارای رنگ و بوی نژادی و برتری قومیت به خود می‌گیرد. به نظر می‌رسد؛ انتخاب حاکم جامعه اسلامی بر مبنای مذکور،

جای شگفتی است. درحالی که اسلام، تنها تقوی را مبنای برتری معرفی می‌کند. امر مذکور، با مبانی اسلامی در تضاد آشکار است.

۲- اعضای شوری مذکور، ملاک‌های قابل تأملی را برای انتخاب حاکم تبیین نمی‌کنند. اصولاً هر شورایی، ملاک‌های را برای تعیین حاکم مشخص می‌کنند و بر همین اساس اشخاصی را که واجد صفات می‌باشند را کاندید نموده و بر اساس اولویت، ملاک‌ها حاکم را انتخاب می‌کنند. فقدان تبیین ملاک‌های مبتنی بر مبانی اسلام (همانند امانت‌داری، حسن اخلاق و...)، برای جانشین پیامبر (ص) امری مذموم محسوب می‌شود.

۳- حتی در شوری سقیفه، رگه‌هایی از برخورد تحکم‌آمیز و قهرانه در گرفتن بیعت دیده می‌شود و در روایات تاریخی، آمده است؛ که در سقیفه، سعد بن عباده که راضی به واگذاری خلافت به ابوبکر نبود، و در هجوم جمعیت مورد آزار قرار گرفت.

عمر در خطبه معروفش در این باره می‌گوید: ما به طرف سعد هجوم بردیم. مردی از ایشان گفت: سعد را کشتید. گفتم، خدا سعد را بکشد.

بعد از سقیفه هم علی (ع) و پیروانش که در خانه وی گردآمده بودند برای بیعت با ابوبکر تحت فشار قرار گرفتند. (ابن‌ابی‌الحدید، ۱۳۷۸ ق: ج ۶: ۱۱)

۴- حاضرین در جلسه، هریک نماینده قشری از جامعه مسلمین نبودند و نمی‌توان گفت، که این شوری تصویر کوچک شده از جامعه اسلامی است. زیرا در این شوری، عده از انصار و تعداد خیلی از مهاجرین حاضر بودند. این عده قلیل با چه دلیل و برهان شرعی و عقلی اقدام به انتخاب حاکم برای قاطبه جامعه اسلامی نمودند.

به هر حال، نزاع بر سر «دموکراسی در سقیفه» یکی از جدیدترین مصادیق این پدیده است، که در دهه‌های اخیر بین متفکران عرب و غیرعرب فراوان مطرح شده است.

برخی از اهل سنت نیز شیوه انتخاب ابوبکر به خلافت را، با دموکراسی اروپا منطبق دانسته‌اند و یا برخی از علمداران مبارزه با دموکراسی در کشور ما، آن را برای کوبیدن دموکراسی وسیله مناسب تشخیص دادند و مدعی شدند؛ که سقیفه بنی ساعده که حکومت اسلامی را از مسیر صحیح منحرف کرد، معلول دموکراسی و اعتقاد به حکومت مردم بر مردم بود و امام علی (ع) با دموکراسی مخالف بود و... . برای بررسی این دعاوی لازم است؛ سقیفه را با اصول رایج دموکراسی مورد تطبیق قرار دهیم:

اولاً: با اشاره به این مسئله، که در هر نظام دموکراتیک، حداقل، آنچه باید ملاک عمل در صحنه مدیریت جامعه قرار گیرد و ذره ای از آن تخطی نشود، اصل نمایندگی به وسیله مردم است و این که جز خواسته و رای آزادانه اقشار جامعه، هیچ عاملی نباید در این امر دخالت کند و هیچ کس را نباید از حق انتخاب کردن و انتخاب شدن محروم کرد.

به گواهی تمام کتاب‌های تاریخ، آنچه در سقیفه بنی ساعده حتی به صورت کم رنگ مطرح نشد، اصل انتخاب خلیفه، با رأی آزادانه اکثریت بود و آنچه ملاک عمل و گزینش قرار گرفت؛ تفویض قدرت و حکومت برای همیشه و به صورت انحصاری به فریش بود.

ثانیاً: نمایندگان برای مردم، و بر مبنای منفعت همگانی (در مقابل منافع فردی یا گروهی) اقدام و عمل می نماید. معیار ارزیابی مشروعیت و یا عدم مشروعیت اعمال نمایندگان، رعایت و یا عدم رعایت مبنای نفع همگانی در انجام اعمال مزبور است. به عبارت دیگر، هر عمل و تصمیم عمومی (تحت عناوین سیاسی، اداری، یکجانبه، قراردادی و امثالهم) مشروع، باید بر مبنای نفع عمومی اتخاذ گردد.

همانطور که در مباحث قبلی اشاره شد؛ هر یک از افراد حاضر در سقیفه، در اظهارات خود منافع گروه‌های خود (از جمله انصار یا مهاجرین) دنبال می کردند، نه منافع کل جامعه مسلمین.

ثالثاً: اصل «یک فرد یک رأی» (مبتنی بر اصل برابری نمایندگان در مشارکت سیاسی و به عنوان یکی از بنیادهای نظری دموکراسی) بر انتخابات حاکم است. همانطور که در ابتدای این بند اشاره شد؛ عمر بن خطاب برای گرفتن بیعت از سعد بن عباد، به سمت ایشان هجوم بردند. این قبیل از اقدامات: اعم از؛ به کارگیری خشونت نشان از عدم برابری اعضای سقیفه در تصمیم گیری برای انتخاب خلیفه مسلمین می باشد.

رابعاً: شناسایی، رعایت و حفظ حقوق اقلیت در تصمیم گیری هر جامعه یکی از اصول اولیه و اساسی دموکراسی است. حتی اگر بپذیریم اعضای شوری سقیفه منتخب جامعه مسلمین بوده اند؛ عدم حضور فردی از بنی هاشم نشان از عدم شناسایی عده از جامعه مسلمین (حتی به عنوان گروه اقلیت) در فرآیند انتخاب حاکم بوده است.

## ۲-۱- بررسی میزان مشارکت مردم در مرحله دوم انتخاب خلیفه اول

مرحله دوم برای تشکیل حکومت خلیفه اول، گرفتن بیعت برای اجرایی شدن حکومت است. برای روشن شدن موضوع، باید اقداماتی که از طرف خلیفه جهت تأیید جریان سقیفه اجرا شد را بررسی

نمود. بیشتر گزارش‌های موجود در منابع اهل سنت، پیرامون سقیفه بنی ساعده از حضور و مشارکت سیاسی عموم مهاجران و انصار در این واقعه دارد. (مادلونگ، ۱۳۷۷ش: ۵۲) حال آنکه بسیاری از منابع از دو مرحله بیعت با ابوبکر یاد کرده‌اند؛ که عبارت‌اند از: بیعت روز سقیفه و بیعت بقیه حاضران در شهر مدینه که فردای واقعه سقیفه اتفاق افتاده و از آن با عنوان بیعت عام یاد می‌شود. (ابن هشام، ۱۹۹۸م: ۱۵۷)؛

این گزارش‌ها، فرضیه مشارکت سیاسی عموم مهاجران و انصار در این اجتماع را با چالش مواجه می‌کند. در ادامه تاریخ طبری آمده است: «افراد قبیله اسلم، در روز سقیفه بنی ساعده، همگی برای خرید خواربار به مدینه آمده بودند. ازدحام ایشان در شهر، به حدی بود؛ که عبور و مرور در کوچه‌های آن به سختی صورت می‌گرفت. عمر در این باره چنین می‌گوید: «ما ایقت بالنصر حتی جائت اسلم، فملات سکک المدینه. (طبری، ۱۳۸۷ق: ۱۸۴۳) من به پیروزی یقین نداشتم؛ تا اینکه قبیله اسلم آمدند و کوچه‌های مدینه را پر کردند.»

شیخ مفید در کتاب خود الجمل در این باره می‌نویسد:

«آن زمانی که قبیله اسلم از صحرا به مدینه آمده بودند؛ تا آذوقه تهیه کنند، بیعت با ابوبکر در سقیفه انجام شده بود. عمر و بقیه به آنان گفتند: بیایید کمک کنید، برای خلیفه پیامبر (ص) بیعت بگیریم، آن وقت ما هم به شما خواربار رایگان می‌دهیم. آن‌ها خوشحال شدند. اول خودشان ریختند و بیعت کردند و بعد دار و دسته ابوبکر شدند. سپس دامن‌های عربی خود را به کمر زدند و کوچه‌های مدینه را پر کردند. به هر جا می‌رسیدند، در بازار، کوچه، و... هرکسی را می‌دیدند، برای بیعت با ابوبکر می‌آوردند. بدین ترتیب، ابوبکر به کمک قبیله اسلم خلیفه شد» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۴۳)

آنچه در سقیفه رخ داد؛ مرحله ابتدایی تشکیل حکومت ابوبکر به عنوان خلیفه اول مسلمین است. در حالی که مرحله دوم، همانا اقدامات تبلیغی و خشونت آمیز در جهت تأییدی مردم دارای اهمیت بسیار زیادی می‌باشد که کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

همانطور که اشاره شد؛ به مردم اعلام کردند که جناب ابوبکر به عنوان خلیفه انتخاب شده است. یعنی، ای مردم! تصمیم اتخاذ شده مورد تأیید همگان را، با بیعت خود اجرایی نمایید. اقدام صورت گرفته، یک فعالیت تبلیغاتی بوده است؛ که تصمیم اتخاذ شده در سقیفه (شامل عده از انصار، نه همه‌ی انصار حاضر در سقیفه و نه همه‌ی انصار (عده ای دیگر از انصار در حال تدفین پیامبر (ص) بودند) و عده ای از مهاجرین) را به عنوان تصمیم قاطبه مردم به دیگران اطلاع دهند. (مصاحبه با دکتر ارسطو: ۱۳۹۷/۸/۲۱)

اقداماتی که از طرف خلیفه صورت گرفت؛ شامل تبلیغات و اجبار فیزیکی می باشد. همانطور که اشاره شد؛ اگر تصمیم عده ای را به عنوان تصمیم اکثریت جلوه دهیم؛ باعث ایجاد جهل اکثریت مردم خواهد شد. در واقع، مردم به امری علم پیدا کرده اند که منشأ و ریشه آن یک مغالطه است. برای روشن شدن موضوع، مغالطه ایجاد شده را تجزیه و تحلیل می کنیم. مغالطه مذکور، دارای دو مقدمه و یک نتیجه است.

مقدمه اول: عده ای محدود، حاکم جامعه اسلامی را تعیین می کنند.

مقدمه دوم: تصمیم عده ای از مردم نشان دهنده رأی اکثریت جامعه می باشد.

نتیجه گیری: هر گاه عده ای از مردم، حاکم را تعیین کنند؛ در واقع تصمیم اکثریت را مشخص نمودند.

مقدمه دوم، سبب اصلی چنین مغالطه می باشد. چطور می توانیم، اراده یک گروه را به عنوان اراده تمامی مردم دانست. مگر این که، این گروه خود را، نماینده کل جامعه بدانند و مردم نیز آن ها را به عنوان نماینده پذیرفته باشند.

اما در جریان سقیفه، هیچ رابطه نمایندگی بین حاضرین شوری و مردم وجود ندارد.

عامل دیگری، که موجب کارایی بیشتر، این نوع تبلیغ در سطح جامعه اسلامی بود؛ عامل اجبار فیزیکی نسبت مخالفین جریان سقیفه بود. برخورد فیزیکی با جریان مخالف، تنها به سعد بن عباده ختم نشد و الزام به بیعت شامل حضرت علی (ع) و دیگر یاران ایشان را شامل می شد.

## ۲- بررسی نحوه به خلافت رسیدن خلیفه دوم از منظر تاریخی

اجمال واقعه، از این قرار است که در هنگام املاء و تقریر حکم، ابوبکر از هوش رفت و عثمان که کاتب بود، نام عمر را به عنوان خلیفه برگزیده ابوبکر نوشت. ابوبکر به هوش آمد و وقتی عمل عثمان را دید، خطاب به وی گفت، آیا ترسیدی که در بیهوشی بمیرم و کار مسلمانان به اختلاف کشد؟

سپس، ابوبکر دستور داد، عهدنامه را بر مردم بخوانند و خود به مردم متذکر شد که کسی از خویشاوندانش را بر آن ها خلیفه نکرده و از آنان خواست که از عمر اطاعت کنند. (طبری، ۱۹۳۹م:

از نظر اهل سنت روش مذکور، یعنی انتخاب عمر از سوی ابوبکر خلیفه اول، مهم‌ترین سرمشق و اسوه تاریخی در ایجاد حق انتخاب خلفا نسبت به خلیفه قبلی بود.

از نظر ماوردی نصب امام قبلی، بر انتخاب مردم نیز مقدم و مرجح است چرا که در استخلاف، هم انتخاب شونده و هم انتخاب‌کننده، شخصیت‌های استثنایی هستند و خلیفه، بهتر از هرکسی شخص شایسته را تشخیص می‌دهد و تصمیمش مطمئن‌تر، به مصلحت نزدیک‌تر است و بنابراین یک خلیفه می‌تواند خلیفه یا خلفای بعدی خود را نصب کند. (ماوردی، ۱۹۷۳: ۶)

## ۲-۱- بررسی میزان مشارکت مردم در الگوی جانشینی

آنچه در این روش، مورد توجه قرار می‌گیرد؛ عدم حضور مستقیم و غیرمستقیم مردم در انتخاب حاکم می‌باشد. در این روش مردم به‌عنوان مؤیدی برای انتخاب حاکم می‌باشند. به این دلیل که مردم پس از مرگ خلیفه، باید با خلیفه انتخاب‌شده، به‌صورت نمادین بیعت نموده و شخص جانشین به‌عنوان حکمران انتخاب نمایند آنچه باید مورد توجه قرار گیرد.

اولاً: این نوع از جانشینی را می‌توان از دو دیدگاه مورد بررسی قرارداد.

دیدگاه اول، انتخاب حاکم توسط خلیفه سابق است؛ این انتخاب راه را برای تشکیل شوری انتخاب حاکم، مسدود می‌کند. در واقع حق ابتکار و اراده مردم، برای انتخاب حاکم به بن‌بست می‌خورد. عدم حضور مردم در تعیین سرنوشت خود؛ عاملی برای ناامیدی، احساس تحمیل اراده حاکم بر مردم، عدم پیشرفت جامعه و پیمودن مسیری در جهت ایجاد امپراتوری‌ها و فرعون‌های جدید است. دیدگاه دوم، نوع و نحوه انتخاب حاکم است. اگرچه حاکم، باید دارای ویژگی‌های اعتقادی مانند عدالت و اعلیت علمی باشد و دارای صفات ظاهری باشد. اما این ویژگی‌ها، سبب مصون ماندن حاکم از خطا در انتخاب حاکم بعد از خود نمی‌شود. یکی از دلایل ایجاد مشورت، جمع‌کردن نظرات مختلف است و پایین آمدن احتمال تصمیم‌گیری نادرست است؛ همانا با یک انتخاب نادرست، در انتخاب خلیفه بعد سبب انحلال و شقاوت اخروی جامعه اسلامی می‌شود.

ثانیاً: اگر کسانی، انتقال حکومت از حاکمی به حاکم بعدی، و ولایت‌عهدی را نوعی میراث می‌دانند، در این باره نیز حکم شرع کاملاً روشن است. زیرا خلافت و امامت، نوعی مالکیت نیست، که به ارث برسد و به شخص منتسب به خلیفه انتقال پیدا کند. بلکه نوعی مسئولیت و انجام وظیفه برای شخص واجد شرایط است و پذیرش تعهدی دوجانبه است که میان مردم از یک طرف و شخص والی

از طرف دیگر برقرار می‌شود و تا پایان عمر والی - با فرض وجود باقی شروط - استمرار دارد و پس از مرگ وی خود به خود ملغی می‌گردد.

رباعاً: این روش از انتخاب حاکم در واقع یادآوری انتخاب پادشاهان و سلاطین مستبدی است که در ذهن خود، نژاد یا ویژگی خاصی را برتر از دیگران به حساب می‌آوردند؛ و تاریخ پر از سلسله‌های گوناگون است.

### ۳- بررسی نحوه به خلافت رسیدن خلیفه سوم از منظر تاریخی

خلیفه سوم در بستر بیماری به فکر تعیین جانشین پس از خود افتاد و می‌گفت که اگر معاذ بن جبل، ابو عبیده جراح و سالم مولی خلیفه زنده بودند، خلافت را به آن‌ها می‌سپردم (ابن قتیبه ۱۴۱۰ق، ۴۲)، اما چون این افراد در گذشته بودند، عمر برای تعیین خلیفه پس از خود شیوه‌ای جدیدی مطرح کرد (ابن سعد، ۱۴۱۰ق: ۳۴۴)

عمر بن خطاب دو روش سابق (انتخاب خلیفه اول توسط شوری و انتخاب خودش توسط خلیفه اول) را کنار گذاشت، و روش دیگری در پیش گرفت و با اعتراف به اینکه انتخاب ابوبکر با نظر مسلمانان نبود و از این پس باید با مشورت آنان باشد (سیوطی، ۱۴۱۳ق: ۱۲۹)

شورایی متشکل از ۶ نفر را انتخاب کرد، تا یکی را از میان خود به‌عنوان خلیفه برگزینند. اعضای این شوری عبارت بودند از: علی بن ابی طالب (ع)، عثمان بن عفان، طلحه بن عبیدالله، زبیر بن عوام، سعد بن ابی وقاص، و عبدالرحمن بن عوف. (همان)

در «الامامه و السیاسة» آمده است، که به دستور خلیفه دوم، حسن بن علی (ع) و عبدالله بن عباس نیز در شوری شش نفره تعیین خلیفه حضور یافتند. البته، حضور این دو صرفاً به‌عنوان شاهد بوده و نقشی در تعیین خلیفه نداشتند (ابن قتیبه، ۱۴۱۰ق: ۴۲).

با تصمیم عمر بن خطاب، انتخاب خلیفه با موافقت اکثریت افراد شوری بود، اما چنان‌که او خواسته بود، اگر ۲ گروه ۳ نفره، نظر متفاوتی درباره شخصی داشتند، رأی گروهی پذیرفته شود که عبدالرحمان در آن است.

عمر بن خطاب، همچنین گفته بودند؛ اگر فردی از اعضای شوری بارأی اکثریت مخالفت کرد، گردن او زده شود و در صورت دودستگی شوری، اگر گروهی مقابل عبدالرحمن نظر او را نپذیرفتند، ۳ مخالف کشته شوند و اگر اعضای شوری نتوانستند، پس از ۳ روز فردی را برگزینند، همه‌ی آنان گردن زده شوند. (یعقوب، ۱۴۲۹ق: ۱۶۰)

عمر بن خطاب به اعضای شوری، سه روز فرصت دادند؛ تا با بررسی جهات، جوانب حکومت، اوصاف و شایستگی‌های افراد، یکتن را برگزینند. ایشان، «ابی طلحه انصاری» را با ۵۰ نفر نیروی مسلح، مأمور تشکیل جلسه، توافق نهایی اعضاء و اجرای مصوبات آن نمود. ایشان به ابی طلحه دستور داد؛ که آرای اقل باید تابع آرای اکثر باشد و اگر طرفین، مساوی (سه به سه) شدند، ترجیح با طرفی است که عبدالرحمن بن عوف در آن باشد. هر که با تصمیمات آن مخالفت ورزد؛ با شمشیر سرش را از بدن جدا کند. جلسه اعضای شوری آغاز گردید، به بحث و تبادل نظر پرداختند. آنان سه روز را در اتافی در بسته گفتگو کردند؛ سرانجام، سه تن از آنان، رأی خود را به دو نفر واگذار کردند و به این صورت که زبیر بن عوام، رأی خود را به امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام واگذار کرد، عبدالرحمان بن عوف و سعد بن ابی وقاص، هم به علی علیه‌السلام و هم به عثمان بن عفان راضی بودند. طلحه بن عبیدالله در آن هنگام که در سفر بود، نتوانست در جلسه شوری حاضر گردد. وی پس از بیعت با عثمان از سفر برگشت و به این امر رضایت داد.

به‌هرحال، دو نفر از میان اعضای شوری، نامزد خلافت شدند. یعنی حضرت علی علیه‌السلام و عثمان بن عفان. سه روز به پایان رسید و همه چشم‌انتظار معرفی خلیفه تازه بودند. عبدالرحمن در این هنگام، غیر از گفتگوهای فردی و جلسه‌ای با امام علی علیه‌السلام و عثمان بن عفان، با برخی از بزرگان صحابه نیز مشورت‌هایی می‌کرد و نظرات آنان را جویا می‌شد.

عبدالرحمن به پیروی از عمر بن خطاب، تمایل باطنی به خلافت امام علی (ع) نداشت و انتخاب آن حضرت برای عضویت در شوری را، تنها برای مشروعیت بخشیدن ظاهری کار انتقال خلافت می‌دانست و در حقیقت، نیت آنان انتخاب عثمان بن عفان بود. عبدالرحمن به دنبال گریزگاهی می‌گشت، که عثمان را به تخت خلافت نشاناند. ولی، با هرکسی گفتگو می‌کرد، آنان علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام را به خاطر کمالات نفسانی، سبقت در اسلام و خویشاوندی با رسول خدا (ص)، بر عثمان ترجیح می‌دادند. شاید، منظور عبدالرحمن در گفتگو با بزرگان صحابه، راضی کردن آنان به خلافت عثمان بود و از این راه، زمینه را برای پذیرش عمومی فراهم می‌کرد.

روز چهارم فرارسید و مسلمانان در مسجدالنبی (ص) گردآمده، تا به خلیفه سوم بیعت کنند. عبدالرحمن، در آغاز از تشکیل جلسه شوری و روند آن گزارشی داد و نهایی شدن نامزدی حضرت علی (ع) و عثمان بن عفان را اعلان کرد.

آنگاه از مردم، درباره انتخاب یکی از این دو نظرخواهی کرد. مردم دودسته شدند. تعدادی از صحابه و یاران نزدیک رسول خدا (ص)، به علی (ع) و تعدادی دیگر به عثمان رأی دادند و در نتیجه، پراکندگی آرا و دودستگی به وجود آمد.

عبدالرحمن برای پایان کار، نخست حضرت علی (ع) را به پیش فراخواند و به وی گفت: ای ابوالحسن (ع) آیا باخدا پیمان می‌بندی که به کتاب الله، سنت رسول خدا (ص) و سیره دو خلیفه پیشین عمل نمایی؟

حضرت علی (ع) بدون هیچ‌گونه ظاهرسازی و با طمأنینه کامل فرمود: پیمان می‌بندم؛ که به کتاب خدا و سنت پیامبر خدا (ص) و به علم خود عمل کنم.

سپس عبدالرحمن به عثمان، گفت: ای عثمان، آیا باخدا پیمان می‌بندی که به کتابش و سنت پیامبرش و سیره دو خلیفه پیشین عمل کنی؟ عثمان، بدون هیچ‌گونه تأملی گفت: می‌پذیرم. من پیمان می‌بندم که به کتاب خدا، سنت پیامبر خدا (ص) و سیره شیخین عمل کنم!

عبدالرحمن، دست روی دست خود زد و گفت: تمام شد. سپس با عثمان بیعت کرد و مردم نیز با عثمان بیعت کردند. طلحه بن عبیدالله که پس از این ماجرا به مدینه برگشته بود، چون دید همگان با عثمان بیعت کردند، او نیز به ناچار با وی بیعت کرد. (یعقوب، ۱۴۲۹ق: ۱۵۹) (طبری، ۱۳۸۷ق: ۲۹۶)

### ۳-۱- بررسی میزان مشارکت مردم در "شوری شش نفره"

بر اساس الگوی طراحی شده توسط خلیفه دوم، سه نوع الگوی حکومتی را با یکدیگر ادغام نموده است. که هریک را مورد بررسی می‌دهیم.

#### ۱ - الگوی شوری :

وجود شوری شش نفره، به نوعی تأیید کننده شوری سقیفه است. به عبارت دیگر، عده محدودی از امت اسلامی، وظیفه تعیین "خلیفه" را برعهده گرفته‌اند. در واقع این عده، همانند جریان سقیفه خود را نماینده امت اسلامی معرفی می‌نمایند. با این تفاوت، که مشروعیت خود را از خلیفه حاضر گرفته‌اند. در حالی که افراد حاضر در سقیفه، به صورت خودجوش گروهی از انصار و تعداد کمی از مهاجرین بودند.

آنچه در این شوری به عیان قابل مشاهده است، مدیریت تصمیم‌گیری می‌باشد؛ که توسط خلیفه حاضر صورت گرفته است. شاهد این مدعا، تصمیم خلیفه دوم در صورت تساوی آرای شوری در

انتخاب حاکم اسلامی است. ایشان دستور دادند: «اگر ۲ گروه ۳ نفره، نظر متفاوتی درباره شخصی داشتند، رأی گروهی پذیرفته شود که عبدالرحمان در آن است. عمر، همچنین گفته بود؛ اگر فردی از اعضای شوری بارأی اکثریت مخالفت کرد، گردن او زده شود و در صورت دودستگی شوری، اگر گروه مقابل عبدالرحمن نظر او را نپذیرفتند، ۳ مخالف کشته شوند»

این گونه الزام به پیروی از یک شخص (عبدالرحمان)، ذهن را به سمت تصمیم از پیش طراحی شده؛ سوق می‌دهد. و الی آنچه در یک شوری اهمیت وافر دارد، تساوی اعضاء در تصمیم‌گیری است. در غیر این صورت شوری نمی‌تواند به رسالت خود عمل نماید.

آنچه در این شوری را بر سقیفه رجحان می‌دهد وجود ملاک‌های ملموس می‌باشد. عبدالرحمان در زمان گرفتن بیعت پذیرش " کتاب الله، سنت رسول خدا (ص) و سیره دو خلیفه پیشین " امری مهم و اساسی می‌داند. اما نباید فراموش کرد که، پیشنهاد وی در واقع دارای جوابی قابل پیش بینی از جانب حضرت علی(ع) است. همانطور که گفته شد، ایشان هرگز حکومت دو خلیفه را نپذیرفته بودند و حکومت آنان را به نوعی غصب خلافت می‌دانستند؛ چطور حکومت کردن بر اساس سیره آن دو را قبول می‌کردند.

عبدالرحمان، به خوبی از شخصیت حضرت علی(ع) شناخت داشتند. و می‌دانستند که ایشان حکومت را به هر بهایی نمی‌پذیرند و به نوعی با این روش، حرکت تبلیغی در جهت مشروعیت بخشی به شوری شش نفره انجام دادند.

## ۲ - الگوی اجبار فیزیکی

برای اثبات این ادعا مجدداً به دستور خلیفه دوم بازمی‌گردیم.

ایشان دستور می‌دهند: «ابی طلحه انصاری" را با ۵۰ نفر نیروی مسلح، مأمور تشکیل جلسه و توافق نهایی اعضاء و اجرای مصوبات آن نمود»

وجود نیروی نظامی، برای الزام به تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری اصولاً هر انسانی را به سمت هراس و خوف جانی رهنمود می‌سازد. قطعاً، هرگونه تصمیم بر این اساس نافذ نخواهد بود و شامل قاعده " اکراه و اجبار " فقهی می‌شود.

## ۳ - الگوی جانیشینی

اصولاً آنچه از "استخلاف" به ذهن متبادر می‌شود؛ انتخاب بدون واسطه "خلیفه جدید" توسط "خلیفه سابق" می‌باشد. بر این اساس فرضیه مطرح شده درباره الگوی مذکور، به سبب وجود شوری شش نفر رد می‌شود.

اما "وجود مدیریت تصمیم‌گیری" و "اجبار فیزیکی" در الگوی مذکور ذهن انسان را به سمت تشریفاتی بودن شوری سوق می‌دهد.

درواقع دولت‌ها برای مشروعیت، پایدار ماندن و پذیرش مردمی جانشین خود، در جهت عوام‌فریبی و ابراز احترام به نظر و عقیده مردم اقدام به قهر و غلبه، در جهت ایجاد شورایی محدود با حضور اشخاصی که مقبولیت عمومی داشته، مبادرت می‌ورزند.

#### ۴- بررسی نحوه به خلافت رسیدن امیر المؤمنین علی(ع)

به خلافت رسیدن خلیفه چهارم، به سبب پذیرش تمامی مذاهب اسلامی دارای اهمیت ویژه‌ای می‌باشد. اهمیت مسئله مذکور، زمانی دوچندان می‌شود؛ که حضور مردم در به حکومت رسیدن ایشان نقش غیرقابل‌انکار و پررنگی بوده است.

#### ۴-۱- بررسی چگونگی تشکیل حکومت امام علی(ع)

هنگامی که مردم پس از کشته شدن خلیفه سوم به نزد علی(ع) آمده و با اصرار فراوان خواستند با آن حضرت بیعت کنند فرمود:

«دعونی و التمسوا غیری ... و اعلموا ان اجتبکم رکت بکم ما اعلم و لم اصغ الی قول القائل و عتب العاتب و ان ترکتمونی فانا کاحدکم و لعلی اسمعکم و اطوعکم لمن ولیتموه امرکم؛ مرا واگذارید و شخص دیگری را برای این مسؤلیت انتخاب کنید ... و بدانید، که اگر من دعوت شما را اجابت کنم بر اساس آنچه خود می‌دانم بر شما حکومت خواهم کرد و به گفته این و آن، و سرزنش افراد گوش نخواهم داد. ولی اگر مرا واگذارید من نیز همانند یکی از شما هستم و شاید من شنواترین و مطیع‌ترین شما باشم نسبت به کسی که حکومت خویش را به وی بسپارید.» (فیض الاسلام اصفهانی، ۱۳۷۹ش: ۲۷۱)

وقتی می‌فرماید: به سراغ دیگری بروید، بدانید که اگر مرا واگذارید، شخص دیگری را به حکومت بر خود برگزینید، نسبت به او از همه‌ی شما شنواتر و مطیع‌تر خواهم بود، حقیقت را بیان می‌کند.

به همین دلیل می‌بینیم، که علی(ع) از این فرصت که پس از ۲۵ سال برای او فراهم شده است؛ بلافاصله درصدد بهره‌برداری، بر نمی‌آید بلکه آن‌قدر در پذیرش خلافت امتناع می‌کند، تا احراز نماید شرط اعمال ولایت که پذیرش مردم و رضایت آنان است، فراهم آمده و لذا، در ابتدا به آنان هشدار می‌دهد که بدانید، اگر مرا برگزینید؛ آن‌چنان‌که می‌دانم، بر شما حکومت خواهم کرد. و به سخن ملامتگران گوش نخواهم سپرد.

این هشدار بدان جهت است که مردم بدانند در چه وادی گام می‌گذارند، تا در نتیجه ابراز رضایت آنان از روی علم و آگاهی باشد، نه از روی احساسات مقطعی و هیجانات زودگذر، چراکه چنین رضایتی ارزشمند نیست.

در تاریخ طبری، به نقل از محمد بن حنفیه آمده است، که گفت: من پس از کشته شدن عثمان در کنار پدرم علی(ع) بودم. آن حضرت به منزل وارد شد و اصحاب رسول‌الله(ص) اطراف وی اجتماع نمودند و گفتند: این مرد (عثمان) کشته شد و مردم ناگزیر باید امام و رهبری داشته باشند، ما امروز کسی را سزاوارتر از تو برای این امر نمی‌یابیم.

نه کسی سابقه تو را دارد، نه کسی از تو به رسول خدا(ص) نزدیک‌تر است. علی(ع) فرمود: این کار را انجام ندهید؛ چرا که من وزیر شما باشم؛ بهتر از این است که امیرتان باشم. گفتند: نه به خدا سوگند، ما دست بر نخواهیم داشت تا با تو بیعت کنیم. حضرت فرمود:

«ففي المسجد فانَّ بيعتي لا تكون خفياً (خفية) ولا تكون الا عن رضی المسلمین

پس (مراسم بیعت) در مسجد باشد، چراکه بیعت من مخفی نیست و جز با رضایت مسلمانان عملی نمی‌باشد.» (طبری، ۱۳۸۷ق: ۴۵۰)

ابن اثیر مورخ معروف، در کتاب کامل خود آورده است:

چون روز بیعت (با علی(ع)) که روز جمعه بود، فرارسید. مردم در مسجد گرد آمدند و علی(ع) بر منبر بالا رفت؛ درحالی‌که مسجد پر از جمعیت و همه سراپا گوش بودند فرمود: «ایها الناس - عن ملاء و اذن - ان هذا امرکم لیس لاحد فیه حق الا من امرتم و قد افترقنا بالامس علی امر و کنت کارها لامرکم فابیتم الا ان اکون علیکم... ای مردم! این امر (حکومت) امر شما است. هیچ‌کس، به‌جز کسی که شما او را امیر خود گردانید، حق امارت بر شما ندارد. ما دیروز هنگامی از هم جدا شدیم، که من قبول ولایت را ناخوشایند داشتم ولی شما جز به حکومت من رضایت ندادید...»

(ابن اثیر، ۱۴۱۷ق: ۱۹۳)

مطابق این نقل، امیرالمؤمنین(ع) به صراحت می فرماید: که در حکومت بر جامعه فقط کسی حق اعمال ولایت دارد، که مردم او را به این سمت برگزیده باشند. واضح است، امیرالمؤمنین(ع) می فرماید: هیچ کس مجاز به تصدی حکومت نیست؛ مگر اینکه مورد رضایت مردم باشد و این دقیقاً مطابق همان سخن پیامبر اکرم(ص) است که به علی(ع) فرمود: «فان و لوک فی عافیة و اجمعوا علیک بالرضا فقم بامرهم.»

#### ۴-۱- بررسی میزان مشارکت مردم حکومت علوی

آنچه مشخص است، چه حکومت ایشان را الهی فرض نماییم یا با انتخاب مردم صورت گرفته باشد؛ در هر دو حالت نحوه به قدرت رسیدن ایشان از دیدگاه تفاوت عمده ای با خلفای سه گانه دارا بودند.

نحوه به حکومت رسیدن حضرت علی(ع)، بر خلاف خلفای قبل مستقیماً از جانب مردم صورت گرفته است. همانطور که قبلاً اشاره شد؛ حضور مردم در به حکومت رسیدن سه خلیفه قبل نقش مؤید داشته اند. در حالی که ایشان منتخب مردم بوده و مشروعیت خود را از مردم گرفته اند.

شیوه مذکور بنا به دلایلی میزان حداکثری مشارکت مردم را در خود جای داده است.

اولاً: حکومت علی(ع)، تنها از طریق رای و انتخاب مردم تعیین شدند؛ و این تنها معیار مشروعیت تصدی قدرت بوسیله حکمرانان می باشد.

ثانیاً: نحوه تشکیل حکومت علی(ع)، بر اساس اراده آزاد مردم، بدون هراس و تهدیدی صورت گرفته است. در حالی که بیعت با خلفای سابق، همانطور که در گفتار قبل آورده شد؛ مواردی از "فهر و غلبه" نیز می توان در گرفتن بیعت مشاهده کرد.

ثالثاً: اصولاً، افراد برای رسیدن به حکومت نیازمند اجبارهای از قبیل؛ فشار اجتماعی، الزام مادی و تبلیغات سیاسی هستند تا بتوانند مردم را برای انتخاب خود قانع نمایند در حالی که، زمان به حکومت رسیدن حضرت علی(ع)، ایشان از پذیرفتن حکومت خودداری می کردند. بر خلاف رویه مذکور، مردم به دنبال ایشان برای گرفتن بیعت، اصرار می کردند.

رابعاً: دموکراسی، به عنوان روشی است، که به مردم جامعه اجازه می دهد؛ که مردم خودشان برای سرنوشتشان تصمیم بگیرند. در این روش ممکن است، مردم انتخاب ناصواب داشته باشند ولی در نهایت شخص ایده ال را انتخاب می کنند. همانطور که مشاهده شد(نحوه به حکومت رسیدن خلفاء)، مردم با پذیرش های خود، در نهایت، خودشان اقدام به انتخاب حاکم کردند.

خامساً: وجود برابری دموکراتیک در تشکیل حکومت حضرت علی(ع) کاملاً آشکار است. اگر بخواهیم برابری دموکراتیک را تبیین نماییم؛ در واقع عبارت است از، شناسایی عملی برابری سیاسی افراد و شرکت همه اقشار جامعه به نحوه برابر در اعمال حاکمیت و اطاعت از حکومت.. همانطور که بیان شد؛ انتخاب ایشان با رأی و نظر برابر مردم صورت گرفته است.

### برآمد کلام

با ملاحظه دو مرحله تشکیل حکومت خلیفه اول، مرحله اول همانا انتخاب مورد توجه در شوری سقیفه بنی ساعده دارای رنگ و بوی نژادی و برتری قومیت به خود گرفته بود. هر یک از اعضاء، ملاک خاصی را برای انتخاب حاکم تبیین ننموده اند. برخی از اعضای شوری بر دیگران رابطه تحکم آمیز و اجبار فیزیکی داشتند. حاضرین در جلسه، هریک نماینده قشری از جامعه مسلمین نبودند. به نظر می رسد، نمی توانیم شوری سقیفه را به عنوان یکی از راهکارهای مورد پذیرفته شده در دموکراسی غیر مستقیم پذیرفت. مرحله دوم برگرفته از روش مغالطه آمیز تبلیغات سیاسی صورت گرفته است و با استفاده از جهل مردم، انتخاب خلیفه را ناشی از خاست و اراده مردم تبیین نموده اند. و میزان مشارکت مردم به صورت تأییدی براساس اجبار فیزیکی و روانی می باشد.

نحوه انتخاب خلیفه دوم به صورت جانشینی در واقع راه را برای تشکیل شوری انتخاب حاکم، مسدود می کند. در واقع حق ابتکار و اراده مردم، برای انتخاب حاکم به بن بست می خورد. عدم حضور مردم در تعیین سرنوشت خود؛ عاملی برای ناامیدی، احساس تحمیل اراده حاکم بر مردم، عدم پیشرفت جامعه و پیمودن مسیری در جهت ایجاد امپراتوری ها و فرعون های جدید است.

تشکیل شوری شش نفره، برای انتخاب حاکم توسط خلیفه دوم در واقع ادغام سه نوع الگوی حکومتی "الگوی شوری"، "الگوی جانشینی" و "الگوی اجبار فیزیکی" است. آنچه در این شوری به عیان قابل مشاهده است، مدیریت تصمیم گیری می باشد، که توسط خلیفه حاضر صورت گرفته است. وابستگی اکثریت شوری به حاکم حاضر، عدم برابری اعضاء در تصمیم گیری و اعمال قدرت بر شوری نمایان گر تشکیل شورایی خلاف اصول اسلامی و دموکراسی می باشد.

نحوه انتخاب حضرت علی(ع)، معیارها و شاخص های دموکراسی را در ایجاد آن به وفور قابل مشاهده است. فی الواقع مردم به صورت دموکراسی مستقیم حکومت ایشان را می پذیرند. از جمله؛ حضور حداکثری مردم، برابری افراد در انتخاب حاکم، عدم اجبار فیزیکی و روانی مردم رعایت حقوق و منافع همگانی.

## منابع

- منابع فارسی
- فیض الاسلام اصفهانی، علی نقی؛ ترجمه و شرح نهج البلاغه (فیض الاسلام)؛ موسسه چاپ و نشر تالیفات فیض الاسلام، تهران، ۱۳۷۹ش.
- مادلونگ، ویلفرد؛ جانشینی حضرت محمد (ص)؛ مترجم: احمد نمایی، محمدجواد مهدوی، جواد قاسمی، حیدر رضا ضابط، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ایران، ۱۳۷۷ش.
- مصاحبه با دکتر ارسطو ۱۳۹۷/۸/۲۱ و ۱۳۹۷/۸/۲۸
- منابع عربی
- ابن ابی الحدید، عبد الحمید بن هبه الله المدائنی؛ شرح نهج البلاغه؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی ج ۱، ۶ و ۹، ۱۹۸۹م
- ابن اثیر، علی بن محمد؛ الکامل فی التاریخ؛ ج ۲، دار صادر، بیروت: لبنان، ۱۴۱۷ق.
- ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج ۳، تحقیق محمد عبد القادر عطا، بیروت: دارالکتب العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم؛ الإمامة و السیاسة؛ ج ۱، محقق: شیری، علی، دار الاضواء، بیروت: لبنان، ۱۴۱۰ق.
- ابن هشام؛ السیرة النبویة؛ بیروت: موسسة الرساله، ۱۹۹۸م
- زمخشری، محمود بن عمر؛ الفائق فی غریب الحدیث؛ دار الکتب العلمیة، منشورات محمد علی بیضون، بیروت: لبنان، ۱۹۷۱م
- سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابی بکر؛ تاریخ الخلفاء؛ حلب: دار القلم العربی، ۱۴۱۳ق.
- طبری، محمد بن جریر؛ تاریخ الطبری؛ تاریخ الأمم و الملوک؛ محقق: ابراهیم، محمد ابوالفضل، دار التراث، بیروت: لبنان، ۱۳۸۷ق.
- ماوردی، علی بن محمد؛ الأحکام السلطانیة؛ قم: بوستان کتاب، ۱۴۰۹ق.
- یعقوبی، احمد بن اسحاق؛ تاریخ الیعقوبی؛ دار صادر، بیروت: لبنان، ۱۴۲۹ق



# الأسرار التجارية في القوانين العراقية، الإيرانية و الوثائق الدولية

دكتور على كميل بور

دكتوراه في القانون الدولي العام ، محاضر جامعي ، محام، اصفهان، ايران (نويسنده مسئول)

١٥

تاريخ دريافت: ١٤٥٥.١١.١٩ تاريخ اصلاح: ١٤٥١.٥١.٠٢ تاريخ پذيرش: ١٤٥١.٥٤.٢٦

## خلاصة

كان تشكيل منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات الأساسية لهذه المؤسسة بمثابة جهد لتطوير التعاون الدولي في المجال التجاري، وهذا التعاون بحد ذاته يبدأ نوعاً من التقارب والحماية الشاملة للملكية الفكرية، ولكن المؤسسة المذكورة أعلاه، تماشياً مع وبدعم شامل، تم الاتفاق على أنشأت تريبس وركن تسوية المنازعات مع مجموعة من الضمانات لدعم مجالات مختلفة من الملكية الفكرية، بما في ذلك الأسرار التجارية. الأسرار التجارية هي معرفة تقنية سرية ومعلومات مفيدة في الأمور التجارية والتي تعتبر ضرورية لتنفيذ بعض الأنشطة الصناعية ويجب الحفاظ عليها سرية. لذلك، تحتاج هذه الأسرار إلى قوانين فعالة للحماية المثلى، ومع ذلك، مع هذه المقدمة ومن من وصفى - وجهة نظر تحليلية، نريد دراسة دور منظمة التجارة العالمية في تطوير حماية الملكية الفكرية، وعلى وجه الخصوص الأسرار التجارية، وفي الخطوة التالية، إلى أي مدى هي قوانين إيران والعراق وغيرها. الدول الإسلامية متزامنة مع الأسرار التجارية؟ من المؤكد أن وجود البند ٣٩ من اتفاق تريبس، ومبادئ حماية الملكية الفكرية، وإنشاء دعامة ملزمة لتسوية المنازعات تتطلب امتثال القوانين لمعايير تريبس والتفاعل بين بلدان منظمة التجارة العالمية، خطوة إيجابية في اتجاه تعزيز حقوق الملكية الفكرية والأسرار التجارية، مما يشير إلى ضرورة تحديث القوانين في مجال الملكية الفكرية، ووضع قانون خاص في مجال الأسرار التجارية.

الكلمات المفتاحية: منظمة التجارة العالمية، الأسرار التجارية، تريبس، الملكية الفكرية.

## Trade secrets in Iraqi, Iranian laws and international documents

### Abstract

The formation of the World Trade Organization and the fundamental agreements of this institution was an effort to develop international cooperation in the commercial field, this cooperation itself initiates a kind of convergence and comprehensive protection of intellectual property, but the above-mentioned institution, in line with a comprehensive support, agreement TRIPS and established dispute settlement body with a range of guarantees to support various areas of intellectual property, including trade secrets. Trade secrets are confidential technical knowledge and useful information in business matters that are necessary for the implementation of certain industrial activities and must be kept confidential. Therefore, these secrets need effective laws for optimal protection, however, with this introduction and from a descriptive-analytical point of view, we want to examine the role of the World Trade Organization in the development of protection of intellectual property and, in particular, trade secrets? And in the next step, to what extent are the laws of Iran, Iraq and other Islamic countries in sync with trade secrets? Certainly, the existence of provision ۳۹ of the TRIPS agreement, the protective principles of intellectual property and the creation of a binding dispute settlement body to require the compliance of laws with TRIPS criteria and the interaction of the countries of the World Trade Organization, is a positive step in the direction of promoting intellectual property rights and trade secrets, which Important points out the necessity of updating the laws in the field of intellectual property, and developing a special law in the field of trade secrets.

**Keywords:** World Trade Organization, trade secrets, TRIPS, intellectual property

### مقدمه

الملکئة الفکرئة بوجه عام من مأثر العصر الحدئث ظهور الابداع الفکرئ الى جانب الاتقان المادئ، واصبحت الملکئة نوعان : ملکئة ذهنئة او فکریة الى جانب الملکئة المادئ للمنتول والعقار، ولکل منهما قئمته المالیة الا ان للملکئة الفکریة جانبها الادیبئ الذئ لا یقوم بمال لانه لصئق بشخصئة صاحبها، ونظرا لان الملکئة الذهنئة او الفکریة مقررہ على حقوق معنویة لا تعرف حدودا استدعئ الامر حمائتها داخلئا عن طرئق القوانئن الوطنئة وخارجئا عن طرئق المعاهدات الشارعة ضد العدوان علیها اقتصادئا، واستغلالها دون اذن صاحبها او الافتئات على مالکها معنویا بنسبتها لغيره، تمثل حقوق الملکئة الفکریة اسمئ صور الملکئة على الاطلاق وتتجلی هذا السمو فی درجہ اتصال موضوع هذه الحقوق باغلی

ما يملكه الانسان، وهو العقل فى ابداعاته وتجلياته الفكرية ولا ريب ان احترام الفكر الانسانى وما يبدعه وما يضيفه من ابتكارات هو حجر الزاوية فى دفع عجله التطور فى اى مجتمع، لذلك شغلت حقوق الملكية الفكرية اهتمام عدد كبير من دول العالم، سيما المتقدمة منها، انطلاقا من الدور الذى تلعبه فى تنشيط الاقتصاد العالمى وما يحققه من مداخيل مالية هامة، واصبحت حقوق الاختراع والعلامات التجارية وحقوق التأليف وغيرها من جوانب الملكية الفكرية احدى اهم الاصول التجارية القيمة فى السوق العالمى والتي تزداد اهميتها باستمرار باعتبارها اداة اساسية فى تنمية المجتمعات. من أهم الأمثلة على الملكية الفكرية والتي تمت مناقشتها فى هذا المقال حماية الأسرار التجارية للشطاء التجاريين ضد أى انتهاك وإفشاء غير عادل. الأسرار التجارية محمية فى مجال حقوق الملكية الصناعية، وعلى عكس الملكية الفكرية الأخرى التى توفر مجموعة من الحقوق الحصرية لأصحابها، فإنها تفتقر إلى هذه الميزة؛ بهذه الطريقة يمكن لمالك الأسرار التجارية استخدام ممتلكاته كمالك عادى وليس لديه أى حقوق احتكار. تتم حماية الأسرار التجارية فى الأساس بطريقتين. يشير الشكل الأول، الذى يشار إليه بالحماية التعاقدية، إلى حماية الأسرار التجارية فى شكل عقود مثل عقود العمل وعقود البيع وعقود السرية وعقود عدم المنافسة والحالات المماثلة. فى هذه الحالة، يحدد المالك والطرف المتعاقد طرق حفظ الأسرار وتقديم ضمانات الأداء لمخالفاتها. يشار إلى الحالة الثانية باسم الدعم غير التعاقدى، يشير إلى الحالات التى لا يكون فيها لمالك الأسرار التجارية علاقة تعاقدية مع شخص آخر أو لديه علاقة تعاقدية مع شخص آخر ولكن فترة العقد قد انتهت. (بهمنى، ١٣٩٦: ٢٦) فى هذه الحالة أيضاً، يحظر المشرع الوصول إلى الأسرار التجارية، ويمكن أن تشير قواعد المسؤولية المدنية إلى التعويض عن الوصول غير العادل إلى الأسرار التجارية، ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه حتى بداية التسعينيات، كانت هناك العديد من الاتفاقيات والاتفاقيات على المستوى الدولى مثل اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، واتفاقية روما أبرمت حماية فنانى الأداء ومنتجى التسجيلات الصوتية وهيئات البث، وكذلك اتفاقية مدريد لمنع تثبيت علامات تجارية زائفة أو مضللة على البضائع، لكن لم يتضمن أى منها مناقشة الترتيبات التنفيذية للأعضاء؛ لذلك، لا يمكن للأنظمة المذكورة أعلاه أن تخلق عقبه مهمة وأساسية أمام التطورات الجديدة الناشئة فى مجال التجارة. (حبيبا و شاكرى، ١٣٨٩ : ٩٠)؛ قبل اتفاقية تريبس، لم تكن حماية الأسرار التجارية جزءاً من حماية الملكية الفكرية (٢: ٢٠١٤ Burri and Meitinger) اتفاق تريبس هو أول صك متعدد الأطراف للتعامل مع الأسرار التجارية أو المعلومات غير المكشوف عنها. قبل اتفاق تريبس، وجد أن المادة ١٠ من اتفاق باريس تتكون فقط من الالتزامات العامة المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة. فى حين أن هناك شكليات إجرائية ومتطلبات للتسجيل لحماية براءات الاختراع، لا توجد مثل هذه المتطلبات لحماية

الأسرار التجارية (٢: ٢٠٢٠. Alekhya) لذلك، تعتبر اتفاقية تريبس استجابة شاملة لنقص ضمان الأداء في حقوق الملكية الفكرية، وعلى الرغم من وجود موضوعات وأحكام واسعة مقارنة باللوائح السابقة، فقد أوجدت معايير موحدة على المستوى الدولي وجعلت اللوائح الوطنية للدول أقرب. (ميرشمسي، ١٣٩٤: ٧٢).

### ١. الأسرار التجارية في القوانين الإيرانية

تدخل حماية الأسرار التجارية في مجال الملكية الصناعية لما لها من قيمة تجارية تجعل رجل الأعمال متفوقاً على منافسيه التجاريين الآخرين. ولكن بما أن الأسرار التجارية لها طبيعة خاصة، فلم تحظ باهتمام جاد في قوانين إيران والاتفاقيات الدولية وظلت مهمة حتى الآن. مع التوسع المتزايد لشبكة الإنترنت العالمية والكشف عن الكثير من المعلومات السرية في سياق التبادل الإلكتروني، واجهت البلدان تحدياً جديداً وضاراً. لذلك، سن المشرعون في الدول قوانين وأنظمة تتناسب مع الأسرار في الصناعات والاختراعات. الجرائم ضد الأسرار التجارية مهمة، مثل الجرائم ضد الملكية الفكرية، حيث ينتهك حق الشخص غير القابل للتصرف كمالك للأسرار دون إذنه. حتى الآن في إيران، لم يضع المشرع لوائح محددة ومستقلة لحماية الأسرار التجارية؛ ومع ذلك، فقد استحوذت الأسرار التجارية على مواد من القوانين في مجال الملكية الصناعية. من ناحية أخرى، يُستنتج أن الأسرار التجارية تنتمي إلى الملكية الصناعية ولا شك في أنها ملكية.

نظراً لكون الأسرار التجارية ملكية، فلا شك أنها ستعرض للهجوم والانتهاك من قبل بعض المستغلين. وفقاً للمادة ١ من قانون المسؤولية المدنية الإيرانية، التي تنص على ما يلي: "أي شخص بدون إذن قانوني عن قصد أو نتيجة إهمال يضر بالحياة أو الصحة أو الممتلكات أو الحرية أو المكانة أو السمعة التجارية أو بأي طريقة أخرى يسببها القانون للناس". كل من تسبب في ضرر مادي أو معنوي لشخص آخر يكون مسؤولاً عن التعويض عن الضرر الناجم عن أفعاله. المادة ٦٤٨ من قانون العقوبات الإسلامي، الأشخاص الذين لهم الاطلاع على أسرار الناس بسبب عملهم، في حالة إفشاء هذه الأسرار، وقد وضع لهم عقوبة «الأطباء والجراحون والقابلات والصيدالدة وكل من يتكتم على وظيفتهم أو مهنتهم، متى أفشوا أسرار الناس، إلا في القضايا القانونية، يعاقبون بالحبس ثلاثة أشهر ويوم إلى عام واحد، أو سنة واحدة. مليون وخمسمائة ريال بغرامة من ألف إلى ستة ملايين ريال. "في المادة المذكورة، فإن عبارة "... وكل من يفرغ أسراراً بمناسبة عملهم أو مهنتهم ... مطلقته وتشمل إفشاء الأسرار التجارية؛ ولكن إذا كانت الأسرار التجارية تتعلق بمواد مادية وموضوعية، فقد يُعاقب عليها بموجب خيانة الأمانة." (ميرحسيني، ١٣٨٥: ٢٢٦) لذلك، يبدو أن المحامين والخبراء القانونيين

وكتاب العدل، وكلاء التقييم وسلطات الضرائب الأخرى وموظفي البنوك، إلخ. إلى أسرار الأفراد والعائلات بالوكالة، وكذلك الأسرار التي يمكنهم الوصول إليها بسبب وظائفهم وإحالات العملاء، وأسرار دافعي الضرائب، وميزان حسابات الأفراد ومعلوماتهم العائلية بسبب الحماية القانونية، إذا كانوا تم الكشف عنها، تم النظر في العقوبات القانونية. أولى قانون التجارة الإلكترونية اهتماماً خاصاً لحماية الأسرار التجارية. تحدد المادة ٦٥ من هذا القانون أسرار التجارة الإلكترونية على النحو التالي: الأسرار التجارية الإلكترونية هي "بيانات الرسائل" التي تحتوى على معلومات، الصيغ والأنماط والبرامج والبرامج والأدوات والأساليب والتقنيات والعمليات والأعمال غير المنشورة وأساليب ممارسة الأعمال والتجارة والتقنيات والخرائط والعمليات والمعلومات المالية وقائمة العملاء وخطط الأعمال وما شابه ذلك، التي لها قيمة اقتصادية بشكل مستقل وغير متاح للجمهور، وقد بُذلت جهود معقولة للحفاظ عليها وحمايتها».

المادة ٦٤ من هذا القانون، بهدف حماية المنافسة المشروعة والعدالة في سياق المبادلات الإلكترونية، يعتبر الاستحواذ غير المشروع على الأسرار التجارية والاقتصادية للشركات والمؤسسات لنفسه أو إفشائها للغير في البيئة الإلكترونية جريمة ومرتكبها. وفقاً للبنديج من المادة ٤٥ من قانون تعديل مواد قانون خطة التنمية الرابعة، والمخصص لتنفيذ سياسات المادة ٤٤ من الدستور، تحظر الأفعال التالية التي تؤدي إلى تعطيل المنافسة: «تشجيع أو تحريض أو إجبار واحد أو أكثر من المساهمين أو مالكي رأس المال أو موظفي شركة أو شركته منافسة، من خلال ممارسة حقوق التصويت، أو نقل الأسهم، أو إفشاء الأسرار، أو التدخل في معاملات الشركات أو الشركات، أو غير ذلك من الأساليب المماثلة. فعل يضر بالمنافس».

- ونظراً لعدم وجود قانون شامل حول هذا الموضوع في القانون الإيراني، وبالنظر إلى الطرق العديدة لسرقة وكشف الأسرار التجارية للأفراد، وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية، بالطبع، يجب أن يتعامل المشرع مع هذه القضية بطريقة أكثر تخصصاً أثناء صياغة قانون حماية الأسرار التجارية والموافقة عليه، مستشهداً باتفاقية تريبس بشكل مستقل، مع تحديد موضوع الأسرار التجارية.

## ٢. الأسرار التجارية في اتفاقية تريبس

تنص الفقرة ١ من المادة ٣٩ من اتفاقية تريبس على حماية المعلومات السرية. تعتبر هذه المقالة المعلومات غير المكشوف عنها مثلاً على حقوق الملكية الفكرية وتُلزم الدول بتقديم ضمانات الإنفاذ اللازمة لانتهاك حقوق الأسرار التجارية، مثل الأمر الزجري المؤقت، وحظر الاستخدام، والأضرار، وتقديم الأسباب. فيما يتعلق بالمادة المذكورة، تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من ذكرها لمبدأ

التعويض عن انتهاك الأسرار التجارية، إلا أنها تركت مسؤولية تحديد طرق التعويض على عاتق الدول الأعضاء.

يعتبر البند ٢ من المادة ٣٩ المعلومات بمثابة أسرار تجارية:

(أ) أن تكون سرية؛ تعني المعلومات التي تشير إلى أنه في مجموعة أو مجموعة دقيقة من مكوناتها، فإن الأشخاص في الوظيفة والمهنة الذين يتعاملون مع هذه المعلومات ليسوا على دراية بها بشكل عام، أو أن الوصول إلى هذه المعلومات غير ممكن بالنسبة لغالبية العاملين فيها.

(ب) لها قيمة تجارية بسبب سريتها.

(ج) وفقاً للظروف، فإن الشخص الذي يتحكم قانوناً في المعلومات المذكورة قد اتخذ تدابير معقولة للحفاظ على سريتها.

"ما يمكن استنتاجه من الأحكام الواردة أعلاه هو أن الاتفاقية اهتمت بسمتين أساسيتين، وهما السرية والقيمة الاقتصادية". (فتحي زاد، بزركي، ١٣٨٣: ٢٢٦) السرية ليست مطلقة، ولكنها تعتمد على الظروف المحددة لكل حالة. من المهم أن يكون صاحب المعلومات السرية قد لاحظ سرية المعلومات والاكتماء بذكر كلمة "سري" وحدها لا يمكن أن يثبت سرية المعلومات. « لذلك، فإن وضع معلومات تجارية ومالية مهمة على موقع إنترنت أو إرسالها بالبريد الإلكتروني المجاني، والذي يخضع للقرصنة في أي لحظة، هو أمر خارج عن المؤلف، ولا يمكن لصاحب المعلومات المطالبة بحمايتها كأداة تجارية.» (السان، ١٣٨٧: ٣)

تعتبر القيمة الاقتصادية للخطة الاستراتيجية مهمة وقيمة للغاية لدرجة أن الأشخاص الناشطين في هذا المجال محرومون منها. إذا تم الكشف عن الخطة والاستراتيجيات للجمهور ومعروفة لهم، فلن يكون لها القيمة الاقتصادية اللازمة. وفقاً للفقرة ٢ من المادة ٣٩، يقع على عاتق جميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين واجب حماية المعلومات التي لديهم أمام الأشخاص الآخرين. وعدم إعطاء معلوماتهم للغير دون الحصول على موافقة أصحابها، ومنع الأعمال التي تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة. في العنوان الفرعي للمادة أعلاه، ورد ذكر الممارسات التجارية الشريفة على النحو التالي: من حيث هذا الحكم، فإن المصطلح مخالف للممارسات التجارية الشريفة، على الأقل من حيث الإجراءات مثل الإخلال بالعقد، وإساءة استخدام الأمانة، والإكراه على انتهاك. ويتضمن الوصول إلى المعلومات غير المكشوف عنها من قبل أطراف ثالثة كانت تعرف أو لا تعرف بسبب الإهمال الجسيم أن هذا الوصول احتوى على الأفعال المعنية. (كمبيلي پور، ١٣٩٤: ٨٧١)

تم تخصيص الفقرة ٣ من المادة ٣٩ لحماية المعلومات التي يتم الكشف عنها للاستخدام التجاري غير العادل. تنص هذه الفقرة على ما يلي: عندما يقدم الأعضاء معلومات الاختبار أو غيرها من المعلومات غير المفصح عنها والتي تتطلب مجهوداً كبيراً كشرط لتسويق المنتجات الصيدلانية أو المنتجات الكيميائية المتعلقة بالزراعة التي تستخدم فيها مواد كيميائية جديدة. وهم يعلمون أنهم سيحتمون هذه المعلومات من الاستخدام التجاري غير العادل. بالإضافة إلى ذلك، سيحتم الأعضاء هذه البيانات لمنع الكشف عنها، إلا في الحالات التي يكون فيها هذا الكشف ضرورياً لحماية الجمهور أو اتخاذ تدابير لضمان حماية المعلومات من الاستخدام التجاري غير العادل. حالياً، يمثل اتفاق تريبس الحد الأدنى من المعايير والأعضاء يمكن أن تنظر في أكثر من هذا. (Basheer, ٢٠٠٦: ٣٥)

تتناول المادة ٣٩ من اتفاقية تريبس حماية المعلومات غير المكشوف عنها والتي يشار إليها عموماً باسم الأسرار التجارية تلعب الأسرار التجارية دوراً مهماً في حماية عائدات الابتكار، وحمايتها جزء لا يتجزأ من نظام الحماية الشامل للمتاح للشركات (Gopal, ٢٠١٩: ٣) بعبارة أخرى، "سر يتسبب في تفوق محتمل أو فعلى لحامله في المسائل التجارية أو أى شيء يحتفظ به حامله سراً من خلال إجراء تقليدي". لكن في بيان آخر، "السر هو أى شيء مخفي تمنح سرية امتيازاً للمالك أو المالكين". (السان، ١٣٨٤: ٢٧٦)

وفقاً للفقرة ١ من المادة ٣٩ من الاتفاق، يضمن الأعضاء حماية المعلومات غير المكشوف عنها ضد المنافسة غير المشروعة وفقاً للمادة ١٠ من اتفاقية باريس. كما يقومون بحماية المعلومات المقدمة إلى الحكومة أو المؤسسات الحكومية وفقاً للفقرة ٣ (كميلي پور، ١٣٩٤: ٨٧١) كانت الأسرار التجارية موضوع عدد من القضايا في ريزه تسوية المنازعات، في حالة عدم امتثال القوانين المحلية لاتفاقية تريبس، وخاصة المادة ٣٩ المتعلقة بالأسرار التجارية، فإن إمكانية رفع دعوى قضائية متاحة في هذا العمود، والبلدان التي يفترض أن عدم الامتثال للقوانين المحلية لاتفاقية تريبس سيؤدي إلى دفع تعويضات و تعليق الامتيازات.

### ٣. الأسرار التجارية في ركن تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية

إذا كان هناك نزاع بين الحكومتين، فإن الخطوة الأولى هي أن يتحدث الطرفان مع بعضهما البعض خارج الإجراءات واللوائح، وهو ما يسمى الإخطار. يمكن أن يؤدي هذا الإخطار في الواقع إلى حوار رسمي بين الحكومتين وإذا التوصل إلى اتفاق، سيتم إعلان النتائج للمنظمة، وفي المادة ٤، الفقرتين الأولى والثانية، تم ذكر مبدأ التشاور كخطوة أولى لحل النزاعات والأعضاء ملزمون بذلك. يجب أن يكون طلب الاستشارة كتابياً، ويجب ذكر أسباب الطلب وشرح الأساس القانوني للشكوى، ويجب

على الطرف المتعاقد الرد فى غضون ١٠ أيام والدخول فى المشاورات بحسن نية فى غضون ٣٠ يوماً. هذه الاستشارة فى غضون ٦٠ يوماً ويمكن تمديدتها لمدة ٦٠ يوماً أخرى. المشاورة سرية وسيتم إبلاغها إلى وحدة حل النزاعات فى البلدان الأخرى واللجان ذات الصلة. (كمبلى پور، رئيسى، راعى، ١٣٩٩: ٩٧)

فى وقت التشاور، هناك إجراءات اختيارية أخرى هى فى الأساس إجراءات دبلوماسية، والتي تشمل التسوية والوساطة، والتي تتم بشكل أساسى بمشاركة المدير العام. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأساليب ليست إلزامية، على عكس التشاور، ويتم ذلك فقط بموافقة الأطراف، ويجب أن يكون من الممكن استخدام هذه الأساليب ليس فقط قبل تشكيل مجلس الاستماع. بل كان من الممكن القيام بذلك أثناء عمل مجلس تسوية المنازعات، وهذا يدل على استعداد المشرع لحل النزاعات بناءً على اتفاق الأطراف ومن خلال التحكيم. بعد فشل الطرق السابقة، يتم تقديم طلب تشكيل مجلس استماع إلى وحدة تسوية المنازعات، وتوافق هذه الوحدة على تشكيل المجلس أو عدم تشكيله فى الاجتماع الأول بعد وضع الطلب على جدول الأعمال. يجب أن يكون الطلب خطياً. يتم تقديم أعضاء مجلس الاستماع، وهم ثلاثة وكانوا خمسة فى السابق، إلى الأطراف. واجبات مجلس الاستماع هى: - مساعدة لجنة فض المنازعات فى أداء مسؤولياتها - التقييم الموضوعى للموضوع ووقائع الأمر - تحقيق النتائج التى يساعد ركن حل النزاع فى تقديم التوصيات أو إصدار الأحكام.

وفقاً للبند ٤ من المادة ١٦ من المذكرة الجديدة، إذا طلب أحد الأطراف استثناءً، فلا ينبغى لسلطة تسوية المنازعات مراجعة قرارات مجلس الاستماع حتى تعلن سلطة الاستئناف رأياً نهائياً. ويتألف أعضاؤها من ٧ أشخاص غير حكوميين تمت الموافقة على مؤهلاتهم ولديهم مهارات محددة فى القانون التجارى الدولى وفى مجال المنازعات. لا يمكن تقديم طلب الاستئناف إلا من قبل أطراف النزاع، ولا يمكن للحكومات الثالثة التدخل، ويقتصر موضوع الاستئناف على الحالات التالية فقط. ١. القضايا القانونية التى أثبتت فى التقرير ٢ التفسيرات القانونية المقدمة من مجلس الإدارة. (كمبلى پور، رئيسى، راعى، ١٣٩٩: ٩٨)

فى قضايا حماية الاختراعات الصيدلانية وحماية بيانات الاختبار للمنتجات الكيميائية الزراعية والتدابير الخاصة المتعلقة بحماية براءات الاختراع وبيانات الاختبار، فى ٣١ مايو ٢٠٠٢، أعلن الطرفان أنهما توصلتا إلى حل ودى. أرسلت الحكومة الأمريكية خطاباً بتاريخ ٦ مايو ١٩٩٩ للتشاور مع رئيس قسم تسوية المنازعات والحكومة الأرجنتينية. (١ / DS / WT171). وفقاً للولايات المتحدة، فشلت الحكومة الأرجنتينية فى حماية المعلومات غير المعلنه عن المنتجات الصيدلانية والزراعية التى تم

تقديمها للحصول على ترخيص تسويق. وبالمثل، منعت الأرجنتين تسجيل الكائنات الدقيقة كاختراعات. تقرر أن تقدم الأرجنتين إلى الكونغرس الوطني، في غضون عام واحد، تعديلاً على قانون الأرجنتين لجعل قوانينها متوافقة مع التزاماتها بموجب المادة ٣٩.٣ المذكورة في هذه التوصيات والقرارات. (٣ / WT / DS١٧١)

#### ٤. أسرار التجارة في العراق وبعض الدول العربية

يتوجب على العامل أن يحتفظ بأسرار العمل، فقد جرت العادة على تضمين عقود العمل شرطاً على عاتق العامل يتعهد فيه بالمحافظة على السرية حتى بعد إنتهاء العقد الذي بينه وبين رب العمل ( ) ، ويعتبر هذا الألتزام من الألتزامات الجوهرية التي تفرضها تشريعات العمل، فهو التزام عام يسرى على جميع انواع العمل ( ) .

فقد نصت المادة (٩٠٩/هـ) من القانون المدني العراقي ( يجب على العامل أن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعي والتجارية ، حتى بعد إنقضاء العقد ) كما نصت المادة (٥/٦٨٥) من القانون المدني المصري بأنه ( يجب على العامل أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعي والتجارية ، حتى بعد إنقضاء العقد).

يلاحظ على المادتين (٩٠٩) مدني عراقي والمادة (٦٨٥) مدني مصري أنهما ذكرتا الأسرار التجارية والصناعية ، ولم تذكر أسرار العمل الزراعية أو الإدارية، لكن الظاهر من النصين المذكورين أن ذكر أسرار العمل الصناعي والتجارية كان على سبيل المثال وليس الحصر، إذ لا مجال للترقية بينهما طالما كانت الأسرار لها قيمة تجارية كونها سرية واتخذ صاحبها تدابير للمحافظة على سريتها.(السعيدى ومحمد، ٢٠١٥: ٤١٥)

كما يلاحظ على نص المادتين العراقي والمصري أن التزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل لا يقتصر على مدة تنفيذ العقد بل يستمر حتى بعد إنقضاء العقد، والا كان في إمكان العامل بعد إنتهاء عقد العمل إفشاء الأسرار التي إطلع عليها بحكم عمله إلى الغير ، كما عاد المشرع العراقي النص على إلتزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل مرة أخرى في قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ في المادة (٣٥) أولاً) فقد نصت: (يحظر على العامل أن يفشى الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل ) وذلك تأكيداً على أهمية هذا الألتزام . ومقتضى الإفشاء أن تكون إذاعة الأسرار للغير، لذا فانه إذا استخدم العامل الأسرار التي أطلع عليها لحسابه الخاص فإنه لا يكون مخالفاً بإلتزامه بسرية المعلومات، مالم تكن هذه الأسرار إختراعاً سجلت براءته، ومالم يكن العامل قد إلتزم بشرط عدم المنافسة، كما أنه لا يعتبر إفشاء أسرار العمل، ادلاء العامل بمعلومات إلى جهات رسمية يتوجب عليه قانوناً إطلاعها على هذه المعلومات، وبخلاف ماتقدم فإن إخلال العامل بإلتزامه بعدم افشاء أسرار

العمل، یرتب حق لصاحب العمل فی التعویض عن الضرر الذی لحقه، كما یحق له أن یفسخ العقد بإرادته المنفردة متى نشأت عن هذا الإفشاء أضرار معنویة أو مادیة واضحة (١). ویشرط أن تكون هذه الأسرار مشروعة، فلا یسأل العامل بالتالی اذا أباح أسرار صاحب العمل غیر المشروعة كما لو كانت جرائم معاقبا علیها، مثال ذلك إبلاغ العامل عن المخالفات التی یرتكبها صاحب العمل فیما یتعلق بمكونات السلعة المنتجة كأضافة مادة ملونة یمنع القانون إضافتها أو التلاعب فی مكونات السلعة بالانتقاص (٢)، ویرجع لقاضی الموضوع تقدیر ما یعتبر من أسرار العمل. (السعیدی و محمد، ٢٠١٥: ٤١٦)

وفی هذا الخصوص نصت المادة (٥/٨١٤) من القانون المدنی الأردنی علی (إلتزام العامل بأن یحتفظ بأسرار العمل الصناعیة والتجاریة ولو بعد إنقضاء العقد وفقا لما یقتضیه الإلتفاق أو العرف) كما نصت المادة (١٩/ب) من قانون العمل الأردنی الجدید رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ علی التزام العامل بالمحافظة علی أسرار صاحب العمل الصناعیة والتجاریة وأن لا یفشیها بأی صورة من الصور ولو بعد إنقضاء عقد العمل وفقا لما یقتضیه الإلتفاق أو العرف، إذ أعطت المادة (٢٨/و) من ذات القانون لصاحب العمل الحق فی فصل العامل دون إشعار إذا أفشى الأسرار الخاصة بالعمل. أی فرد یکشف أو یرتفع (لأغراض شخصیة)، (السعیدی و محمد، ٢٠١٥: ٤١٥) بدون موافقة، سراً تجاریاً تم الحصول علیه بحکم مهنته أو وظيفته، قد یتعرض للسجن لمدة تصل إلى عامین (٢) و / أو غرامه تصل إلى عشرة آلاف ریال قطری (١٠٠٠٠ ریال قطری) (المادة ٣٣٢). جريمة إشارة القانون العراقی فی المادة ٤٣٧ لسنة ١٩٦٩ المعدل یعاقب بالحبس مدة لا تزيد عل سنتین وبغرامة لا تزيد علی مئتی دینار أو بإحدى هاتین العقوبتین کل من علم بحکم وظيفته أو صناعته أو مهنته أو طبیعة عمل سر ما منشأة فی غیر ذلك الاحوال المصرح بها قانونا أو استعمله لمنفعته.

## خاتمة

یمکن الاعتراف بأن منظمة التجارة العالمیة واتفاق تریس یعترمان توفير المزید من الحماية لحقوق الملكية الفكریة مقارنة بالماضی، وأن توفير ركیزه تسویة المنازعات كمظهر واضح للآلیات العقابیة هو خطوة إیجابیة أخرى. أسالیب الاتفاقیات السابقة. علی الرغم من ضعف نهج العدید من النظم القانونیة فی التنبؤ بالأسرار التجاریة وضمان تنفيذ انتهاكها فی الامتثال الكامل لأحكام تریس، فإن قضايا حماية الاختراعات الصيدلانیة وحماية بیانات الاختبار للمنتجات الكیمیائیة الزراعیة فی أرجانتین هی مثال علی المتطلبات التصحیحیة. ومع ذلك، یقترح أن تحاول منظمة التجارة العالمیة

تطوير بنى تحتية إجرامية ؛ على سبيل المثال، فيما يتعلق بالانتهاك المتعمد للأسرار التجارية، ضع لوائح تنظيمية. وفي الخطوة التالية، من خلال اتفاق تريبس وريكة تسوية المنازعات، ينبغي السعي إلى تنفيذ حقوق الملكية الفكرية وضمائها الحقيقي. لأن مجرد تعديل القوانين دون النظر إلى الوضع الاقتصادي وكذلك الهيكل القضائي ومكافحة الفساد في المحاكم في بعض البلدان، لا يمكن أن يوفر ضماناً فعالة في هذا الصدد.

المشرع العراقي رغم ان اعتبر الاعتداء على الاسرار التجارية من قبيل المنافسة غير المشروعة لكنه لم يفرد قانوناً مستقلاً بهذا الخصوص ,وانما نص على ذلك في المادة(١/٩٨)من قانون التجارة السابق رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠, كما انه لم يتطرق الى ذلك في قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل بالقانون رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤. بالنظر إلى النظام القانوني الوطني، بما في ذلك النظام القانوني الإيراني، يُقترح أن يكون المشرعون، أثناء صياغته واعتماد قانون واحد وشامل بشأن حقوق الملكية الفكرية على المستوى الوطني، أكثر تنسيقاً مع مناهج اتفاقية تريبس. تجنب الخلط في التصويت والتصريفات. يجب تحديد تدابير الإنفاذ الجنائية والمدنية للأسرار التجارية في قوانين الملكية الفكرية. ؛ لأن طبيعته هذه الفئة من الملكية، أى عقليتها وسريتها، تتطلب نظرة خاصة ؛ لذلك، يُقترح إدراج مناقشة حماية الأسرار التجارية في قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية المعتمد. وعلى المستوى التنفيذي، تقديم دورات تدريبية خاصة تتعلق بحقوق الملكية الفكرية للموظفين القضائيين من أجل منهجية منع انتهاكات هذه الحقوق، لا سيما في الفضاء السيبراني. يوصى بشدة باستخدام قدرات وسائل الإعلام والشبكات الاجتماعية من أجل إضفاء الطابع المؤسسي على معايير ومتطلبات حقوق الملكية الفكرية، باعتبارها واحدة من ضرورات الحياة في عالم الإعلام الحديث.

## منابع

- مقاله
- بهمنی، محمد، (١٣٩٦). "المسؤولية المدنية بسبب انتهاك حقوق صاحب الأسرار التجارية"، المجلة الفصليّة العلميّة لأزاد للأبحاث القانونيّة، ٢٥-٢٠٢٠، pp. ١٠ (٣٦) ،
- حبیبیا سعید، شاکری زهرا، ١٣٨٩، التدابير الحدودية لدعم حقوق الملكية الفكرية، المجلد ١٥، العدد ٥٧؛ من الصفحة ٨٧ إلى الصفحة ١١٣،
- میرشمسی، محمد هادی، ١٣٩٤، اتفاقية تريبس ودورها في توسيع نطاق الحماية الدولية للملكية الفكرية المتخصصة الفصليّة في الدين والقانون، ش ٧: ٩١-٦٧
- السان، مصطفی، ١٣٨٤، قوانين الأسرار التجارية في عصر تكنولوجيا المعلومات، مجلة العدل القانونيّة، السنة ٦٩، العدد ٥١-٥٠، فترة الربع والصيف الجديدين
- كميلى پور علی، ١٣٩٤، قوانين واتفاقيات قانون التجارة الدولية الطبعة الأولى، منشورات الغابة
- فتحي زاده، هوشنگ؛ بزرمي، وحيد، ١٣٨٣، شروط الانضمام إلى منظمة تجارية في مجال حقوق الملكية الفكرية، منشورات بازار جاني، الطبعة الأولى
- قانون المسؤولية المدنية في إيران
- قانون العقوبات الإسلامي الإيراني
- ميرحسيني، سيد حسن، ١٣٨٥، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية، منشورات ميزان، الطبعة الثانية
- قانون التجارة الإلكترونية الإيراني
- قانون بتعديل مواد قانون خطة التنمية الرابعة لإيران
- السان، مصطفی، ١٣٨٧، الجرائم ضد الأسرار التجارية، مجلة القانون الفصليّة لكلية القانون والعلوم السياسيّة، المجلد ٣٨، العدد ٤.
- كميلى پور، علی، رئيسي، ليلا، راعي، مسعود، (١٣٩٩). دور ركن تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية ومبادئ اتفاقية تريبس في ضمان حقوق الملكية الفكرية أبحاث القانون الجنائي والخاص الفصليّة ١٦ (شماره ٤) (پيایي ٤٦)، pp. ٨٩-١١٠.
- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريس) لسنة ١٩٩٤ .
- القانون الأردني للمنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته
- قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل بالقانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤
- السعدي، غني، محمد، لطيف، اخلاص، ٢٠١٥، الحماية المدنية للمعلومات غير المصرح بها (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، العدد الثالث/ السنة السابع
- english
- Basheer, Shamnad, ٢٠٠٦. Protection of Regulatory Data Under Article ٣٩,٣ of Trips: The Indian Context. Intellectual Property Institute (IPI), Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=٩٣٤٢٦٩>
- D.S. Sengar. ٢٠١١. PROTECTION OF TRADE SECRETS AND UNDISCLOSED INFORMATION: LAW AND LITIGATION Journal of the Indian Law Institute Vol. ٥٣, No. ٢, pp. ٢٥٤-٢٧٤ (٢١ pages) Published By: Indian Law Institute
- Alekhya, Somepalli. ٢٠٢٠. Volume ١٢, "Trade Secret Act Need of the hour? – Indian Perspective" Alliance School of Law, Alliance University, Bangalore. ISSN ٢٥٨١-٥٥٠٤ [www.penaclaims.com](http://www.penaclaims.com)
- Burri, Mira and Meitinger, Ingo, ٢٠١٤. The Protection of Undisclosed Information: Commentary of Article ٣٩ TRIPS. Thomas Cottier and Pierre Véron (eds) Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology, The Hague: Kluwer Law International, ٢٠١٤., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=٢٤٣٩١٨٠>
- Gopal, Naveen. Protection of Clinical Trial Data Under TRIPS: International Understanding and Health Concerns (October ١٦, ٢٠١٩). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=٣٤٧٠٤٧٦> or <http://dx.doi.org/١٠.٢١٣٩/ssrn.٣٤٧٠٤٧٦>



- WT/DS191/1 -Argentina — Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals
- WT/DS191/1 -Argentina — Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals
-



